



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

Derecho
Facultad de Derecho

**¿Y es uno o son dos?: El Levantamiento del Velo Societario en el
Arbitraje**

**Tesis presentada para optar al
Título Profesional de Abogado**

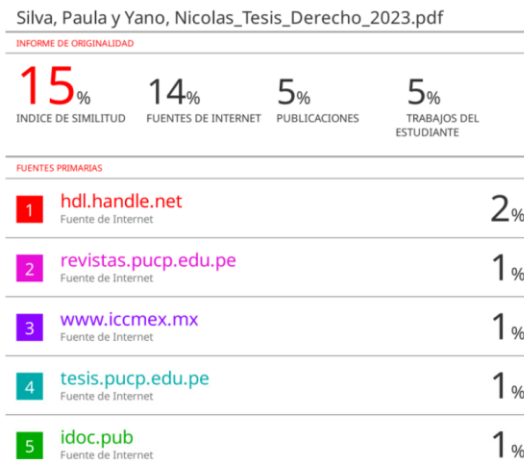
**Presentada por
Nicolas Daichi Yano Tsuha
Paula Isabel Silva Longobardi**

Asesor: Fernando Cantuarias Salaverry
[0000-0002-3208-2907](tel:0000-0002-3208-2907)

Lima, noviembre 2023

REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO
FACULTAD DE DERECHO

A través del presente documento, la Facultad de Derecho deja constancia de que la Tesis titulada **“¿Y es uno o son dos?: El Levantamiento del Velo Societario en el Arbitraje”** presentada por la Srta. Paula Isabel Silva Longobardi, con DNI 74070488 y el Sr. Nicolás Daichi Yano Tsuha, con DNI 74425334, para optar el Título Profesional de Abogado, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 20 de noviembre de 2023; obteniendo el siguiente resultado:



Turnitin Informe de Originalidad

Procesado el: 20-nov.-2023 16:13 -05
Identificador: 2234516244
Número de palabras: 60018
Entregado: 1

Silva, Paula y Yano, Nicolas_Tesis_Derecho_20...
Por Paula Isabel Silva Longobardi

Índice de similitud	Similitud según fuente
15%	Internet Sources: 14% Publicaciones: 5% Trabajos del estudiante: 5%

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece la interesada.

Lima, 1 de diciembre de 2023



Fernando Cantuarias Salaverry
Asesor
Código Orcid 0000-0002-3208-2907

Resumen

El levantamiento del velo societario es uno de los temas más interesantes y complejos dentro del derecho civil, el derecho de sociedades y el arbitraje. En particular, para el arbitraje, el levantamiento del velo societario permite al tribunal arbitral verificar su propia competencia sobre las partes. Esta teoría de incorporación, sin embargo, es compleja debido a que muchas instituciones legales básicas se ven enfrentadas: la relatividad de los contratos, la personalidad jurídica, la responsabilidad limitada de los accionistas y la existencia de consentimiento de acudir al arbitraje.

Esta tesis tiene como objetivo analizar la casuística del arbitraje en torno a la aplicación de la figura y los principios internacionales que se han construido a partir de ella, para proponer: (i) una fórmula que uniformice la interpretación de los requisitos necesarios para el levantamiento del velo societario hacia una solución integral en el proceso y (ii) respuestas a las interrogantes pendientes sobre la aplicación del levantamiento del velo societario en el arbitraje.

Para ello se analizan, entre otros, tres aspectos relevantes a la figura: (i) los requisitos y estándares para aplicar el levantamiento del velo societario, (ii) la interpretación del consentimiento al convenio arbitral; y, (iii) la ley aplicable al levantamiento del velo.

Abstract

The lifting of the corporate veil is one of the most interesting and complex issues in civil law, corporate law and arbitration. Particularly for arbitration, the lifting of the corporate veil allows the arbitral tribunal to verify its own jurisdiction over the parties. This theory of incorporation, however, is complex because many basic legal institutions are confronted: the relativity of contracts, legal personality, the limited liability of shareholders and the existence of consent to arbitration.

This thesis aims to examine the casuistry of arbitration in relation to the application of the figure and the international principles that have been built on it, in order to propose: (i) a formula that standardizes the interpretation of the necessary requirements for the lifting of the corporate veil towards an integral solution in the process and (ii) answers to pending questions on the lifting of the corporate veil in arbitration.

For this purpose, three aspects relevant to the figure are analyzed, among others: (i) the requirements and standards to lift the corporate veil, (ii) the interpretation of the consent to the arbitration agreement; and, (iii) the law applicable to the lifting of the veil.

A nuestras familias y amigos.

A los que nos escucharon, leyeron y nos dedicaron un poco de su tiempo.

Un agradecimiento especial a Enrique Ferrando por su apoyo en el inicio de esta tesis.

GLOSARIO DE TÉRMINOS Y ABREVIATURAS

CCI o ICC	:	Cámara de Comercio Internacional
CCL	:	Cámara de Comercio de Lima
Controlador, Controladora o Matriz	:	Sujeto del análisis de la figura del levantamiento del velo societario que ejerce un dominio sobre una persona jurídica.
Controlado, Sociedad Controlada o Subsidiaria	:	Sujeto del análisis de la figura del levantamiento del velo societario que es dominada por un sujeto controlador.
CNY o Convención de Nueva York	:	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)
Ley Modelo	:	Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional
Ley Peruana de Arbitraje	:	Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje
LGS o Ley General de Sociedades	:	Ley No. 26887, Ley General de Sociedades
Parte adicional	:	Aquellas partes que no suscribieron el convenio arbitral, pero que provisionalmente (hasta una decisión final del árbitro) forman parte del procedimiento arbitral.

Principios UNIDROIT	:	Principios UNIDROIT Sobre Los Contratos Comerciales Internacionales
Reglamento de Arbitraje CCI	:	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente desde el 1 de enero del 2021
Reglamento de Arbitraje CCL	:	Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima vigente desde el 1 de enero de 2017
Reglamento de Arbitraje AMCHAM Perú	:	Reglamento de Arbitraje del Centro de Cámara de Comercio Americana del Perú vigente desde el 1 de julio de 2021

INDICE

INDICE	viii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
A. El velo, su levantamiento y el Arbitraje	2
B. Planteamiento del problema.....	3
C. A propósito de esta tesis	6
D. Metodología de investigación	7
E. Hipótesis	8
II. CAPÍTULO I.....	10
A. Marco Conceptual	11
1. La persona jurídica, la responsabilidad limitada y el levantamiento del velo societario.....	11
2. Origen del Levantamiento del Velo Societario en el <i>common law</i>	16
3. Transferencia de esta práctica al Civil Law	31
4. El Convenio Arbitral	44
III. CAPÍTULO II	59
A. Requisitos para el levantamiento del velo societario en el arbitraje.....	61
1. Requisito de conducta.....	64
2. Requisito de control.....	75
3. Sobre la excepcionalidad o residualidad del levantamiento del velo societario	83
B. Se aplica un mismo método para el levantamiento del velo societario en el contrato y su convenio arbitral.....	84
IV. CAPÍTULO III.....	91
A. ¿Cuál es la base jurídica que permite a los árbitros levantar el velo societario en el convenio arbitral?.....	92
1. El pronunciamiento de la Corte Suprema peruana	94
2. Otras posiciones en favor de que los árbitros puedan levantar el velo societario sobre el convenio arbitral.....	96
a) La concepción del juez y el árbitro como iguales.....	96
b) La efectividad de la tutela jurídica, equidad e imperio de la ley	96
3. Nuestra posición: la competencia del árbitro debe provenir del consentimiento.....	99
B. ¿Existe consentimiento en el levantamiento del velo societario?.....	101
1. Nuestra posición: El levantamiento del velo permite hallar el consentimiento de las demandadas	101
2. ¿Es necesario aplicar el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje o recurrir a la desformalización del convenio arbitral para levantar el velo societario en el arbitraje?106	
3. ¿Es el levantamiento del velo societario una teoría de incorporación consensual? 113	

V. CAPÍTULO IV	117
A. ¿Cuál es la ley aplicable al levantamiento del velo societario en el arbitraje?.....	118
1. El problema de la determinación de la Ley Aplicable.....	119
2. ¿Por qué la problemática solo se manifiesta en el arbitraje internacional?.....	122
3. Reglas para la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral	123
4. Ley aplicable al asunto del levantamiento del velo societario en el arbitraje internacional	126
B. El procedimiento arbitral y los asuntos relevantes a tener en consideración respecto del levantamiento del velo societario	142
1. La solicitud de incorporación de la parte adicional y la notificación de esta.....	142
2. Conformación del Tribunal Arbitral	144
3. Competencia del tribunal arbitral: decisión prima facie y laudo parcial.....	147
4. El análisis de responsabilidad.....	151
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	156
VII. BIBLIOGRAFÍA	160

I. INTRODUCCIÓN

A. El velo, su levantamiento y el Arbitraje

Desde los inicios de lo que podemos considerar como la civilización moderna, las compañías han podido cubrirse con un “velo” de la responsabilidad limitada. Esta figura permitió acelerar el desarrollo económico a nivel global. Como señala Bullard “la responsabilidad limitada es un concepto prácticamente universal en todas las legislaciones mercantiles del mundo [...] favorece la inversión, permitiendo la diferenciación entre el patrimonio personal y el invertido en los negocios.” (2006, pág. 798).

Sin embargo, el abuso de ella ha permitido la defraudación de acreedores y de otros intereses sociales legítimos. Por ello, a principios del siglo XIX, las cortes empezaron a “levantar” ese velo para acceder al patrimonio personal de los accionistas y evitar la indefensión de los acreedores. Hoy en día, el levantamiento del velo¹ se ha convertido en uno de los asuntos más apasionantes y de mayor complejidad dentro del derecho civil, el derecho de sociedades y el arbitraje.

En la práctica arbitral, el levantamiento del velo societario es uno de los conceptos jurídicos cuya aplicación es particularmente compleja (Bullard, 2012, pág. 36). Esto pues muchas instituciones legales fundamentales se ven enfrentadas: la relatividad de los contratos, la existencia de consentimiento de acudir al arbitraje, la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada.

El levantamiento del velo societario es un concepto cuyo origen es ajeno al arbitraje, y -al igual que muchas otros- ha sido importado. Y es que el levantamiento del velo es un remedio de equidad y, en el contexto de un arbitraje, este sirve para hallar el consentimiento de arbitrar de aquel o aquellos detrás de la personalidad jurídica y atribuir responsabilidad sobre las obligaciones del contrato. Sin embargo, las diferencias entre una jurisdicción general (como el Poder Judicial) y el arbitraje ameritan una mayor adaptación de la figura, la cual aún parece estar en proceso.

Ahora, el levantamiento del velo societario despierta pasiones en los jueces y árbitros que, para resolver cada caso, se vuelven poetas guiados por su prosa y metáforas, más que por estándares

¹ También denominado perforación del velo societario, descorrimiento del velo o desestimación de la personalidad jurídica.

claros. Si bien puede resultar interesante a la lectura, como metodología, esta práctica nos mantiene en las neblinas de la incertidumbre alejados de la seguridad jurídica.

A pesar de ello, tras años de desarrollo doctrinario y jurisprudencial de las Cortes de Justicia de distintos ordenamientos (principalmente los órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos), se ha llegado a una conclusión relativamente mayoritaria respecto a cuáles son los requisitos necesarios para perforar el velo (Park, 2009). No obstante, no se ha llegado a una conclusión pacífica sobre cuál es la interpretación de los requisitos o los estándares que se tienen que cumplir para que se satisfagan dichos requisitos para levantar el velo societario respecto del convenio arbitral.

Así, dicho asunto ha quedado pendiente de definir al igual que otros aspectos relativos a su aplicación en el arbitraje. Dentro de estos asuntos que ameritan una respuesta se encuentran: (i) la base jurídica que permite a los árbitros levantar el velo societario para verificar su competencia, (ii) la forma en la que se determina la existencia de consentimiento de aquella parte que se pretende incorporar, (iii) la ley aplicable al levantamiento del velo societario en el arbitraje; y, (iv) los problemas procedimentales provenientes de la adaptación de la figura a la práctica arbitral que, frecuentemente, son pasados por alto pudiendo generar problemas a la validez del laudo.

En esta tesis también se analizará la aplicación de los denominados “principios internacionales sobre el levantamiento del velo societario en el arbitraje”, los cuales han intentado dar mayor certidumbre a los operadores jurídicos respecto a este asunto.

Es en base a todo ello que, esta tesis nos invita a reflexionar sobre el estado actual de la práctica respecto al levantamiento del velo en el arbitraje con el fin afrontar la indefinición de asuntos centrales como la ley aplicable al levantamiento del velo, los estándares de los requisitos para su aplicación; y, la existencia de consentimiento en la aplicación de la figura.

B. Planteamiento del problema

La más autorizada doctrina arbitral reconoce que no existe realmente uniformidad cuando discutimos la figura del levantamiento del velo societario². Todo ello nos lleva a que la jurisprudencia existente sobre el alcance subjetivo del convenio arbitral requiere un desarrollo doctrinal sustancial (Martinez-Fraga, 2013, pág. 293). Ello resulta más importante cuando identificamos que esta teoría es la única que, para hallar el consentimiento a arbitrar, requiere pasar por encima de una serie de principios legales básicos: la relatividad de los contratos, la personalidad jurídica; y, la responsabilidad limitada.

Y es que el levantamiento de velo societario tiene un análisis particularmente distinto a las figuras que extienden los efectos del acuerdo de arbitraje a los denominados “no signatarios”³. El levantamiento del velo societario por su naturaleza y complejidad merece su propio análisis (Bullard, 2012, pág. 36).

Los criterios claros reducen las posibilidades de incorporaciones indebidas o imprevistas que son una preocupación importante para la legitimidad de las teorías del consentimiento e incluso del arbitraje en sí mismo.

La falta de revisión y análisis a profundidad de estas figuras deja abierta la puerta a riesgos potenciales de: (i) una incorrecta aplicación de la figura; o, (ii) una falta de aplicación de esta cuando realmente resulte necesaria. Es decir, que se desestimen formas societarias correctamente constituidas y ejecutadas, aún cuando la situación no lo amerite, afectando así la seguridad jurídica de las empresas involucradas y generando fuertes consecuencias económicas⁴ que se traducen en una falta de eficiencia de la operación económica o, por el otro lado, injusticia respecto a la posibilidad de cobrar un resultado justo. **A pesar de que se pueda establecer una idea general de los requisitos necesarios, aún existen ciertas oscuridades en el contenido e interpretación de estos requisitos.** Por ende, es necesario contar con una delimitación clara y precisa de los supuestos o teorías jurídicas que habilitan el levantamiento del velo societario para mitigar este riesgo de aplicación incorrecta o su falta de aplicación cuando realmente se amerita.

² Ver. Born (2021), Hanotiau (2020) y Bullard (2012).

³ Park (2014) prefiere denominarlos como “partes menos obvias” por no haber firmado el papel, pero aún así ser parte del arbitraje. (pág 26).

⁴ El ser incorporado a un arbitraje innegablemente tiene consecuencias económicas importantes, las cuales tienen mayor gravedad si es que los costos de un proceso o un eventual reclamo por la ejecución de un determinado contrato no han sido previstos por la parte incorporada.

La incorrecta aplicación o inaplicación del levantamiento del velo societario genera consecuencias más allá de las partes del arbitraje. Empezando porque permite que cierta operación comercial tenga mayor o menor respaldo financiero del que originalmente se había planteado en su diseño. Es más, bajo la constante mala aplicación de la figura, pueden generarse precedentes que afecten el resultado en futuros casos similares.

En nuestra opinión, la solución del Derecho debería provenir del esclarecimiento de las instituciones y no de la búsqueda de remedios para casos particulares.

La solución a la indeterminación e incertidumbre que genera la figura no va a provenir de contratos más claros, ni de desarrollos comerciales, e incluso tampoco ha podido provenir del desarrollo jurisprudencial de las Cortes de Justicia. Consideramos que esta respuesta debe provenir de un desarrollo doctrinario, con un enfoque práctico, basado en un análisis de laudos arbitrales y legislación.

Por otro lado, en el marco de la perforación del velo societario en el arbitraje surgen más complicaciones pues, como explica Bullard (2012) los árbitros tendrían que aplicar un doble levantamiento del velo.

[...] plantea un **doble problema, lo que hace aún más complicada la aplicación de esta teoría**. A diferencia de un caso judicial en la que el juez enfrenta un importante pero único reto de relativizar el principio de responsabilidad limitada, **en el caso de que exista una cláusula arbitral, la propia competencia del árbitro depende del levantamiento**. El árbitro tiene que declararse competente para juzgar a una empresa o persona que no ha suscrito el documento del cual deriva su competencia. (pág. 36) (Énfasis agregado).

Otra parte de la doctrina identifica un problema en el análisis paralelo que se podría dar al realizar un “doble levantamiento” aplicando una metodología distinta para el convenio arbitral y el contrato. La figura aplicada de esta manera, más allá de los problemas de eficiencia que genera, puede generar también un problema de coherencia. Ello pues, para autores como Quintanilla (2020), el levantamiento del velo tendría una aplicación necesariamente de fondo por el elemento de fraude lo que generaría que, en el contexto arbitral, no se pueda verificar la

competencia del tribunal arbitral “sin antes (o a su vez) asignarle responsabilidad” (Quintanilla, 2020, pág. 210).

Incluso, una vez levantado el velo “con respecto al convenio arbitral”, la problemática no cesa. Muchos tribunales arbitrales se han encontrado con la problemática de que el haber incorporado a una parte adicional al arbitraje no necesariamente tiene una correlación con que pueda responsabilizársele en el fondo. O incluso si la teoría bajo la cual se le incorpora al arbitraje podría impactar sobre el análisis de responsabilidad en el fondo.

En más de una ocasión, los tribunales arbitrales han aplicado la responsabilidad solidaria de la parte adicional sin realizar un análisis pormenorizado de cómo el mismo método que permite aplicar la teoría para la incorporación de una parte al arbitraje habilita la aplicación de responsabilidad solidaria a pesar de que aquella no pueda ser presumida.

Siendo ello así, el objetivo de esta investigación es aclarar la aplicación de la figura del levantamiento del velo societario en el arbitraje hacia una solución integral en el proceso. Esta solución integral debe colocar reflectores sobre aquellos puntos relevantes como la asignación de responsabilidad luego de la incorporación.

C. A propósito de esta tesis

Este trabajo de investigación propone un ejercicio de reflexión acerca de las instituciones del arbitraje y el levantamiento del velo societario a fin de resolver las dudas pendientes en los operadores del sistema arbitral para una aplicación armoniosa del instrumento en beneficio de todos.

Así, el Capítulo I aborda los conceptos que sientan las bases de este trabajo. En primer lugar, aborda el origen de la limitación de responsabilidad en el *common law* que llevó al origen del levantamiento del velo societario en las experiencias inglesa y estadounidense, donde la figura tuvo su origen y su desarrollo más extensivo -respectivamente-, para finalmente abordar brevemente el traspaso de la figura a los ordenamientos del *civil law* sobre la base de la experiencia alemana, española y peruana.

En segundo lugar, desarrollaremos el marco conceptual del arbitraje internacional y su desarrollo histórico en la Convención de Nueva York y la Ley Modelo CNUDMI hacia una práctica arbitral internacional uniforme. Con ello en mente, desarrollaremos la noción de convenio arbitral, la evolución de su formalidad y los principios que lo rigen.

Sobre la base de las nociones desarrolladas en el primer Capítulo, en el Capítulo II desarrollaremos nuestra propuesta de uniformización de requisitos aplicables a la perforación del velo societario partiendo de la práctica internacional y principios evidenciados en jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, “CCI”). Esto pues consideramos que los estándares de la CCI son los más representativos de la práctica comercial internacional. Concluimos el Capítulo desarrollando por qué estamos ante un solo método que aplica para levantar el velo societario a fin de verificar la competencia del tribunal arbitral y, en el fondo, para atribuir responsabilidad solidaria.

En el Capítulo III abordaremos los cuestionamientos sobre: (i) la posibilidad de levantar el velo en el arbitraje; y, (ii) la existencia de consentimiento en su aplicación mediante el recuento y análisis de la jurisprudencia más destacada y/o controvertida, así como las posiciones que se han venido desarrollando al respecto.

Finalmente, en el Capítulo IV abordaremos los problemas respecto a la determinación de la ley aplicable al levantamiento del velo en el arbitraje con sede en Perú, y el procedimiento arbitral, abordando determinados problemas procedimentales que se deben tratar en su aplicación.

D. Metodología de investigación

La metodología que se utilizó para la investigación del presente trabajo parte de la descripción del problema, para luego examinarlo, desde el pragmatismo jurídico. Es decir, se centra en las consecuencias prácticas de las decisiones legales (Corra, 2016, pág. 81).

Así, nuestra metodología se basa en un enfoque práctico, una descripción y comprensión del contexto en el que se desarrolla la figura, soluciones antiformalistas basadas en casuística y un análisis centrado en las consecuencias prácticas de las decisiones legales.

En ese sentido, se realizará una contextualización necesaria respecto a los antecedentes de la figura, su historia y sus desarrollos más destacables en jurisdicciones extranjeras. Para luego realizar un análisis de la casuística más representativa de la figura de la perforación del velo para identificar patrones, tendencias y conflictos en la aplicación de la figura.

La selección de casos no se circunscribe únicamente a casos arbitrales, pues al ser el levantamiento del velo una figura de origen ajeno al arbitraje, se ha tomado en consideración en esta investigación su aplicación en otras ramas para lograr un análisis de requisitos más genuino a la propia institución jurídica.

Cabe mencionar, que a pesar de que la hipótesis de este trabajo sea que el levantamiento del velo no es un supuesto de parte no signataria, muchos de los procedimientos de partes no signatarias podrían ser útiles al mismo y, por ello, se realizarán algunas referencias a la institución.

Siguiendo el mismo procedimiento evolutivo que ha tenido el arbitraje, buscamos extraer una solución partiendo de la práctica comercial internacional que se pueda implementar al ordenamiento peruano.

Esta tesis está delimitada al ordenamiento peruano, pues consideramos que al requerir este un análisis sustantivo, para ser precisos en su aplicación es necesario aterrizarlo a un ordenamiento jurídico específico. Sin embargo, ello no implica que los hallazgos y conclusiones de esta tesis no puedan ser aplicados en otras jurisdicciones que tengan características similares a las del caso peruano.

E. Hipótesis

La hipótesis de este trabajo es que el levantamiento del velo societario debe ser aplicado en base a un solo método (requisitos y estándares) que, en el convenio arbitral, permite verificar la competencia del tribunal arbitral y, en el fondo, atribuir responsabilidad solidaria.

Como consecuencia del efecto del levantamiento de velo, que considera a los demandados (Controlador/es y Controlada/s) un mismo centro de imputaciones, se verifica el

consentimiento respecto del convenio arbitral de aquel que se pretende incorporar al arbitraje; y, por ende, no es necesaria la desformalización del convenio arbitral para su aplicación.

II. CAPÍTULO I
FUNDAMENTOS DEL PROBLEMA Y MARCO
CONCEPTUAL

A. Marco Conceptual

La figura del levantamiento de velo societario tiene un origen distinto al arbitral. En consecuencia, no puede ser analizada únicamente bajo los parámetros en los que ha sido utilizada en el arbitraje, sino bajo sus propios principios y alcances.

Siendo ello así, este capítulo tiene como objetivo describir la evolución de la figura del levantamiento del velo como un remedio civil aplicado en distintas jurisdicciones. Para finalmente, aterrizar la figura al arbitraje y a los distintos instrumentos legales que participan en él, entre ellos la Convención de Nueva York (en adelante, la “CNY”), la Ley Modelo CNUDMI (en adelante, la “Ley Modelo”), leyes de arbitraje domésticas y reglamentos de los centros arbitrales. En otras palabras, este capítulo tiene como finalidad analizar los parámetros que ofrecen estos instrumentos legales para el desarrollo de la figura del levantamiento del velo societario aplicada al arbitraje.

1. La persona jurídica, la responsabilidad limitada y el levantamiento del velo societario

El levantamiento del velo societario tiene un origen distinto al arbitral, como muchas figuras aplicadas en el arbitraje, esta se ha incorporado a la práctica arbitral al replicar remedios aplicados por los tribunales de justicia. Para entender mejor los alcances y la aplicación de la figura, en este capítulo, nos dedicaremos a explicar su origen, el cual resulta de una respuesta al abuso de la responsabilidad limitada y la personalidad jurídica en las cortes de justicia, así como su traslado entre ordenamientos jurídicos de tradiciones distintas antes de aterrizar el concepto al arbitraje.

a) Origen de la responsabilidad limitada en el *common law*

Es pacífico en la doctrina que la figura del levantamiento del velo societario, también conocida como *disregard of the corporate entity* o *piercing of the corporate veil*, tiene su origen en los órganos jurisdiccionales del *common law*⁵. Por ello, antes de analizar la aplicación de esta figura en el ámbito arbitral, consideramos necesario hacer una recapitulación histórica de los

⁵ “El segundo capítulo aborda el tratamiento de la doctrina del levantamiento del velo en el sistema que la vio nacer, donde ha alcanzado su máximo desarrollo y es aplicada con mayor profusión: el Derecho anglosajón.” (Boldo, 1997, pág. 33).

orígenes de la concepción de la corporación como una entidad distinta a sus socios o accionistas y de la responsabilidad limitada en el *common law*, para luego abordar su limitación excepcional mediante la perforación del velo societario ante las cortes estatales de estos países.

b) Reino Unido

En el Reino Unido, para el fin del siglo XIII las formas corporativas ya tenían derecho a usar un sello común que permitía que la organización se obligase a sí misma al suscribir un contrato, a establecer normas, a litigar ante los tribunales de justicia y a poseer bienes en sucesión (Gillman y Eade, 1995, pág. 23). No obstante, para el siglo XVII, los derechos de estas organizaciones parecían no estar a salvo hasta que fueran reconocidos por la Corona mediante un *royal charter*⁶. (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 143). Así las cosas, la obtención de la forma societaria no era algo común ni sencillo⁷.

A finales del siglo XVII ya se tenía una idea de una de las funciones básicas de la corporación, unir al capitalista (que invertía) con el empresario (que llevaba a cabo el negocio) que se terminó llevando a cabo mediante la formación de las denominadas “*joint stock companies*”.

Ahora, el término “*company*”, en este contexto, no era un nombre apropiado, teniendo en consideración la figura que conocemos hoy en día, ya que simplemente implicaba asociación. Entonces, estas eran asociaciones de personas que no estaban constituidas, muchas de las cuales se formaron originalmente como *partnerships*, dividiendo el patrimonio de la empresa en acciones que eran transferibles por los socios originales. En esencia, las compañías seguían siendo *partnerships* y lo que las distinguía de una *partnership* típica era que solían estar formadas por muchos miembros. Esta estructura tenía problemas, ya que el derecho de sociedades (la *partnership law*) de esa época no se adaptaba bien a las necesidades de una asociación de gran escala⁸. (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 144)

El *partnership* era un acuerdo en el que distintos individuos se obligaban a cooperar por un objetivo determinado. La responsabilidad limitada y la personalidad jurídica no eran

⁶ Estos tipos de agrupación no tenían responsabilidad limitada.

⁷ El otorgamiento de personalidad jurídica y reconocimiento como compañía se otorgaba de forma individual y para cada compañía se emitía un *royal charter* o ley que la reconociera como tal.

⁸ Por ejemplo, cada uno de los inversionistas era responsable de las deudas de la *joint stock company*; cada inversionista tenía poder para vincular a los demás en un contrato con terceros; y si la *joint stock company* quería demandar a un deudor, todos los inversionistas debían unirse como demandantes. A la inversa, si la *joint stock company* era demandada, todos los inversionistas debían ser demandados.

características del partnership y, además, en este acuerdo se encontraba limitado el número de personas que podían suscribirlo (Gillman y Eade, 1995, pág. 25). Es decir, cuando se trataba de un *partnership*, se contrataba con un grupo de personas y en caso de incumplimiento se tenía que demandar a cada uno de los integrantes. Debido a las deficiencias de la figura, se iniciaron esfuerzos por alcanzar el acogimiento de una figura que, por lo menos, ostente limitación de responsabilidad. (Saavedra, 2011, pág. 279)

Una figura que tuviese personalidad jurídica y ostentara responsabilidad limitada, era algo deseable⁹. Por ello, desde finales del siglo XVII hasta principios del siglo XVIII se intentó replicar estas características mediante otros instrumentos¹⁰. (Morley, 2016, pág. 2156)

Ya en el siglo XVIII, en el año 1844 se aprobó la *Joint Stock Companies Act*, que regulaba las asociaciones de personas y habilitaba a los ciudadanos a crear una sociedad anónima sin la necesidad de un *Royal Charter* o una Ley del Parlamento inglés. Sin embargo, no se dotaba de personalidad jurídica a dicha asociación, -según Saavedra (2011, pág. 279)- para todos los efectos legales vinculados a la asignación de responsabilidad continuaba siendo un partnership. Evidentemente, seguían existiendo fuertes reservas contra la difusión de la responsabilidad limitada y por eso no se incluyó en la Ley de 1844. Estas reservas se manifestaron en el informe de 1854 de la Comisión Real de Derecho Mercantil nombrada en 1853 que, por mayoría, se opuso a la extensión de la responsabilidad limitada a las *joint stock companies*. El informe recogía una preocupación común respecto al uso de los vehículos corporativos como instrumento de fraude u otras prácticas deshonestas y la disminución del incentivo a la vigilancia que generaba la responsabilidad personal. (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 146; Saavedra, 2011, pág. 279)

Es evidente que estas preocupaciones no prevalecieron, debido a la presión por parte de los comerciantes en vista de que los beneficios de la responsabilidad limitada eran evidentes¹¹. Esta permitiría que las clases media y trabajadora no se vieran excluidas de competir en el mercado por miedo a la quiebra personal, les abriría más oportunidades y -como consecuencia

⁹ Fuera de Inglaterra -en Europa continental- la responsabilidad limitada existía en dos formas de sociedad: la *commenda* y la *societas*. (Gillman y Eade, 1995, pág. 25)

¹⁰ La doctrina revisada comenta principalmente dos instrumentos que se utilizaron para suplir la falta de existencia de una forma corporativa con personalidad jurídica y responsabilidad limitada. Estas son: el *business trust* y la *deed of settlement company*.

¹¹ Era natural que los capitales fugaran al extranjero, sobre todo a sociedades anónimas que ofrecían responsabilidad limitada. La consolidación de la responsabilidad limitada en Inglaterra atraería oportunidades de inversión disponibles.

de ello- se manifestaría un beneficio social. Así, de acuerdo con Cheng-Han *et al.* (2019, pág. 147), en 1855 se aprobó la Ley de Responsabilidad Limitada (*Limited Liability Act*) que fue derogada para volverse a promulgar en la *Joint Stock Companies Act* de 1856 (Gower, 1953, pág. 536). La norma permitía, conforme al procedimiento de la Ley de 1844, una organización conformada por siete personas pudiese generar por sí misma una personalidad jurídica con responsabilidad limitada. Esta figura tuvo una acogida importante pues en la década posterior a su promulgación, se registraron más de seis mil compañías bajo este modelo. (Saavedra, 2011)

De esta breve reseña histórica podemos concluir que los principios de personería jurídica y responsabilidad limitada han tenido que seguir un largo proceso de desarrollo y evaluación legal hasta ser aceptados y consolidados en el ordenamiento jurídico para mejorar las condiciones de contratación en el desarrollo económico directamente relacionado al bienestar social. Es decir, los antecedentes de esta figura confirman su importancia en el mercado.

c) Estados Unidos

La experiencia inglesa se refleja en otras jurisdicciones que con el tiempo adoptaron leyes societarias liberales para facilitar el desarrollo. Un ejemplo de ello son los Estados Unidos. Al igual que en el Reino Unido, en el país norteamericano se utilizaron varias alternativas a la forma societaria¹². (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 147)

Después de la Revolución Americana de 1776 se promulgaron una serie de leyes generales de constitución de sociedades eclesiásticas, educativas y literarias¹³. Se facilitó la obtención de *corporate charters* de las nuevas legislaturas estatales, y ello condujo a una considerable extensión de la empresa corporativa en el campo de los negocios antes de finales del siglo XVIII. Así, Estados Unidos se adelantó 30 años a la práctica inglesa, ya que entre los años 1800 y 1830 se concedieron con bastante frecuencia *corporate charters*, aunque con condiciones y restricciones impuestas a las entidades corporativas. (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 147-148)

¹² Entre ellas se encontraban la *limited partnership*, el *business trust* y la *joint stock company*.

¹³ Antes del siglo XIX, al igual que en el Reino Unido, muchas compañías estaban encargadas de llevar a cabo funciones de servicio público. Realizar servicio público no era un requisito para utilizar la forma corporativa, pero era un reflejo de la concepción de lo que se creía que era el enfoque que debía tener la actividad empresarial en la práctica. Así, los colegios, los gremios y los municipios se organizaban a menudo como corporaciones, al igual que las empresas de transporte de servicio público, como los canales o las carreteras (Johnson, 2012, pág. 1144-1145).

En 1811, el estado de Nueva York fue el primero en aprobar un régimen general de constitución de sociedades comerciales (*general incorporation statute*), aunque en un principio estaba restringido a las empresas que pretendían fabricar determinados artículos¹⁴. Luego de ello, otros estados siguieron el planteamiento de Nueva York. (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 148)

El resultado combinado de un enfoque más liberal de los *charters* y los estatutos generales de constitución (*general incorporation statute*) hizo que la *corporation* se convirtiera en un elemento crucial de la economía estadounidense en el último tercio del siglo XIX. Proporcionaba un dispositivo eficaz y sin problemas para agregar capital y gestionarlo en los negocios, con responsabilidad limitada y acciones transferibles. La adopción de la responsabilidad limitada fue un avance importante que surgió como resultado de las presiones a las que se vieron sometidas las crecientes corporaciones de la primera mitad del siglo XIX para reunir el capital necesario para aprovechar la tecnología emergente de la época y fue, en sí misma, una cuestión de lucha política prolongada. (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 148)

Ahora, esta evolución hasta la consolidación de la personalidad jurídica y responsabilidad limitada sigue una lógica económica:

[...] la asignación de riesgos que asumen los inversionistas (el riesgo de su inversión) y los administradores (el riesgo de las consecuencias de sus decisiones), permite que los primeros diversifiquen su portafolio de inversiones. Es decir, debido a que los inversionistas solamente asumen riesgos hasta por el aporte efectuado a la sociedad y no intervienen en la administración de la sociedad (incluso en determinadas ocasiones tampoco intervienen en la fiscalización de los administradores) cuentan con incentivos suficientes a asumir nuevos riesgos empresariales (Galluccio y Mori, 2012, pág. 98).

Ello conlleva a que se justifique la limitación de responsabilidad pues resulta altamente ventajosa o beneficiosa en la medida en que los inversionistas asumen menores riesgos y acceden a una mayor variedad de posibilidades de inversión y, de otro lado, los administradores obtienen mayores inversiones producto de su gestión, lo cual, por último, reduce también los costos de transacción y fiscalización.

¹⁴ Inicialmente anclas y artículos de lino. Luego, los tipos de empresas que podían constituirse incluyeron todas las formas de transporte; casi todas las formas de manufactura; y servicios financieros.

Sin embargo, como señalan Galluccio y Mori, en la práctica se evidencia que la personalidad jurídica se ha utilizado para funciones distintas a las económica y lícitamente establecidas. Aquello desnaturaliza el fundamento de la responsabilidad limitada y, por ende, también la protección que el derecho le otorga (2012, pág. 103).

2. Origen del Levantamiento del Velo Societario en el *common law*

Como se puede apreciar, una figura que tuviera personalidad jurídica y limitación de responsabilidad para los accionistas, como la sociedad anónima que conocemos hoy en día, es un suceso que se logró gracias a la insistencia de un sector comercial que vio una serie de ventajas a estas características para agrupar personas, gestionar recursos y generar riquezas. Los aspectos positivos de la figura son innegables –de hecho, responden a una lógica económica- pero no debemos olvidar que en el proceso existieron legítimas preocupaciones que -si hubiesen sido mayores que los beneficios de la figura- hubiesen impedido su nacimiento y consolidación. El levantamiento del velo societario surge como limitación a la regla general de la personalidad jurídica separada y responsabilidad limitada de las sociedades anónimas y como respuesta al abuso de esta.

a) Reino Unido

El primer caso en el Reino Unido al que se suele hacer referencia sobre la teoría del levantamiento del velo societario es *Salomon v. A Salomon & Co. Ltd.* (1896). Este caso se resolvió en 1896 y, como bien destaca Saavedra (2011, pág. 284), luego de que se llevaran a cabo los cambios legislativos para la aprobación de la responsabilidad limitada.

En este caso el señor Aaron Salomon era un comerciante que tenía una empresa de fabricación de calzado llevada a cabo como un *sole proprietorship*, que era un tipo de forma societaria unipersonal mediante la cual una persona natural podía realizar actividad comercial respondiendo con su patrimonio por los daños que se puedan derivar de dicha actividad. En 1892, Salomon transformó su empresa de una *sole proprietorship* a una *company* mediante la transferencia del negocio a *Salomon Ltd.*, constituida con miembros que incluían a él mismo y a su familia. El precio de dicha transferencia se pagó a Salomon mediante acciones y obligaciones con una garantía sobre los activos de la empresa. Salomon se convirtió en el

principal accionista y acreedor de la nueva sociedad y, en los hechos, el negocio siguió siendo administrado como si fuera un *sole proprietorship*. Cuando la empresa quebró y entró en liquidación, el derecho de cobro de Salomon se antepuso a los créditos de los acreedores no garantizados, que no recuperaron nada del producto de la liquidación.

La *Court of Appeal* declaró que la persona jurídica se había empleado sólo como un mecanismo para defraudar a los acreedores y, en ese sentido, desestimó la personalidad jurídica de *Salomon Ltd.* y declaró responsable a Salomon. Dicha decisión fue luego revertida por la *House of Lords* que sólo analizó si *Salomon Ltd.* se había constituido siguiendo los trámites y las exigencias de la legislación y, dado que ello fue así, a todos los efectos, se debía considerar a Salomon y a su compañía como entidades distintas.

La corte de apelaciones dio un importante primer paso para sentar las bases sobre lo que se consolidaría como la teoría del levantamiento del velo societario intentando establecer limitaciones a la responsabilidad limitada derivada de la personalidad jurídica. Sin embargo, la decisión de la *House of Lords* hizo más, ya que estableció el principio de personalidad jurídica o "entidad corporativa" de una forma particularmente rigurosa y anuló en gran medida todos los esfuerzos de las cortes por levantar el velo, hasta el punto de que la figura se ignora casi por completo en la literatura inglesa cuando es un asunto académicamente popular en Estados Unidos (Gower, 1953, pág. 539).

Ahora, no debemos pasar por alto, como bien señala Saavedra (2011, pág. 283), que en los países del *common law* existía una histórica diferenciación entre dos tipos de cortes de justicia: las cortes de *equity* y las cortes de *common law*. Siendo la principal diferencia entre estas los procedimientos, remedios e intereses involucrados¹⁵. El juez que resolvía una controversia en base a equidad podía llegar a otorgar a una parte que solicita un tipo de tutela por parte del sistema jurídico, remedios diferentes de los que podía conceder un juez que hubiese conocido la misma controversia bajo las reglas del *common law*. Precisamente, se considera al levantamiento del velo societario como un *equitable remedy* porque nació en las cortes de *equity* (Saavedra, 2011, pág. 283).

¹⁵ Las diferencias entre estas fueron disminuyendo con el tiempo hasta que los dos tipos de corte terminaron fusionándose.

Y es que, como señala Boldó (1997), la perforación del velo societario se desenvuelve en el ámbito de la equidad. Pues, a pesar de ser una figura utilizada tanto por las cortes de equidad como por las de Derecho, parte de la aplicación de los principios y procedimientos de equidad. De ahí que, en aplicación de sus características de accesoriadad y complementariedad antes señalados, no existe en el *common law* una acción análoga contemplada para los supuestos en los que aplica (pág. 96-97).

Ahora, la tendencia rígida sentada por el precedente del caso Salomon respecto a la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica se intentó flexibilizar con el tiempo. *D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets L.B.C.* (1976) resuelto por la *Court of Appeal (England & Wales)* es un buen ejemplo. En este caso la corte consideró que las tres compañías debían ser tratadas como una pudiendo esta mirar la realidad de la situación y levantar el velo societario. Sin embargo, esta intención no tuvo éxito porque, posteriormente, en *Adams v. Cape Industries Plc.* (1990)¹⁶, la *Court of Appeal (England & Wales)* declaró que el uso de la estructura societaria para limitar las responsabilidades futuras es una característica inherente al derecho de sociedades inglés, prácticamente descartó la posibilidad de perforar el velo en casos de responsabilidad civil (Cheng, 2011, pág. 340).

La jurisprudencia del Reino Unido se desarrolló sobre la base de estos precedentes y se consolidó en el *leading case* *Prest v. Petrodel Resources Ltd.* (2013). El caso resuelto por la *Supreme Court of the United Kingdom* sentó un precedente sobre cuándo las cortes pueden perforar el velo societario y responsabilizar a los accionistas u otras personas que estén detrás de una compañía¹⁷.

La *Supreme Court* declaró lo siguiente sobre el levantamiento del velo societario:

¹⁶ En el caso la Corte analizó los argumentos de unidad económica, levantamiento del velo societario y *agency*. La Corte rechazó los tres supuestos. Respecto al argumento de la unidad económica por el cual se planteaba que todas las sociedades de un grupo deben ser consideradas como una sola, la Corte señaló que el principio general era que las empresas que constituyen un grupo son entidades distintas salvo circunstancias particulares en las cuales se podrán tratar como una sola. Respecto al segundo argumento, sobre el levantamiento del velo, se señaló que se admitiría el levantamiento del velo cuando la estructura societaria fuera una “*mere façade*”, pero rechazó el supuesto sin definir cuando una sociedad sería una mera fachada. Por último, respecto al argumento de la *agency*, la corte consideró que bajo el derecho inglés un *agent* puede actuar en nombre de una sociedad dominante o de cualquiera de sus socios individuales si estos lo autorizan para ello; así estos estarían obligados por los actos del *agent* cuando estos estén dentro de su ámbito de autoridad (real o aparente). A pesar de dicho análisis, se señaló que en el derecho inglés no existe una presunción de *agency* y el control que una sociedad dominante o un socio pueda tener sobre una sociedad subordinada, no significaría la existencia de una relación de *agency*.

¹⁷ El caso surgió del divorcio del señor Michael Prest y su esposa, quien sería la que iniciaría el proceso, en la medida en que surgió una discusión sobre la propiedad de varios inmuebles en Londres. Las propiedades materia de discusión estaban a titularidad de varias empresas controladas por el señor Prest. Su esposa alegó que las sociedades eran una fachada y que el señor Prest era el verdadero propietario de los inmuebles. La señora intentó que se levantara el velo societario para poder acceder a las propiedades como parte del acuerdo de divorcio.

I conclude that there is a limited principle of English law which applies when a person is under an existing legal obligation or liability or subject to an existing legal restriction which he deliberately evades or whose enforcement he deliberately frustrates by interposing a company under his control. The court may then pierce the corporate veil for the purpose, and only for the purpose, of depriving the company or its controller of the advantage that they would otherwise have obtained by the company's separate legal personality. The principle is properly described as a limited one, because in almost every case where the test is satisfied, the facts will in practice disclose a legal relationship between the company and its controller which will make it unnecessary to pierce the corporate veil. Like Munby J in *Ben Hashem*, I consider that if it is not necessary to pierce the corporate veil, it is not appropriate to do so, because on that footing there is no public policy imperative which justifies that course. I therefore disagree with the Court of Appeal in *VTB Capital* who suggested otherwise at para 79. For all of these reasons, the principle has been recognised far more often than it has been applied. But the recognition of a small residual category of cases where the abuse of the corporate veil to evade or frustrate the law can be addressed only by disregarding the legal personality of the company is, I believe, consistent with authority and with long-standing principles of legal policy. (*Prest v. Petrodel Resources Ltd*, 2013)

En este caso se sostuvo que no podía levantar el velo societario sin que existiera alguna conducta impropia relevante. Cosa que no se había dado en el presente caso. El Juez explicó que el señor Prest había actuado indebidamente de muchas maneras, por ejemplo, cuando utilizó indebidamente los activos de sus empresas en beneficio propio. Sin embargo, precisó que al hacerlo no estaba eludiendo ninguna obligación legal contraída con la señora Prest. El Juez determinó que el señor Prest tampoco estaba ocultando o eludiendo la ley relativa a la distribución de los bienes de un matrimonio tras su disolución y que no puede conllevar a que el tribunal deba ignorar la personalidad jurídica de las empresas con la misma negligencia con que lo hizo el señor Prest.

La Corte consideró que el problema en el presente caso era que el interés legal sobre los inmuebles correspondía a las empresas y no al señor Prest. Las empresas ya eran propietarias de estos inmuebles mucho antes de la ruptura del matrimonio. Cualesquiera que fueran las razones del señor Prest para organizar las cosas de esa manera, no hay pruebas de que tratara

de eludir ninguna obligación que sea pertinente en este procedimiento. Sus razones podrían haber sido la protección del patrimonio o la evasión fiscal. Más no la defraudación de las normas relativas a la distribución de patrimonio en el régimen matrimonial. Por ello, la perforación del velo societario no puede justificarse en este caso.

Lord Sumption, que dictó la sentencia principal, señaló que el reconocimiento de un poder limitado para levantar el velo societario en circunstancias cuidadosamente definidas es necesario si no se quiere desarmar la ley frente a los abusos. Según el Juez, las consideraciones encontradas en los casos ingleses reflejan que el velo societario sólo puede ser perforado para prevenir el abuso de la personalidad jurídica. De acuerdo con Cheng-Han *et al.*, (2019, pág. 153) el enfoque planteado por la *Supreme Court* del Reino Unido en el caso *Prest v. Petrodel Resources Ltd.* (2013) es bastante útil, pues se aleja de metáforas como “farsa” y “fachada” para justificar el levantamiento del velo, y que no proporcionan prácticamente ninguna orientación a los futuros tribunales¹⁸.

Como se ha podido apreciar, pese a que en el Reino Unido se dio un importante primer paso, la teoría del levantamiento del velo societario no ha sido impulsada por los órganos jurisdiccionales o por la doctrina, a diferencia de lo sucedido en otros sistemas del *common law*, como Estados Unidos o en algunos países del *civil law* (Saavedra, 2011, pág. 284). Sin embargo, consideramos valioso el aporte del caso *Prest v. Petrodel Resources Ltd.* (2013), que se aleja de los conceptos gaseosos propios de las decisiones de equidad y establece una regla que puede servir como lineamiento para los futuros tribunales: el levantamiento del velo ocurre cuando se pretende evadir una obligación o disposición legal preexistente mediante la creación/uso de una sociedad.

b) Estados Unidos

Como bien explica Boldó (1997, pág. 30), la manifestación más trascendental de la figura del levantamiento del velo societario viene de manos de la jurisprudencia estadounidense, a través de la doctrina del *Disregard of the legal entity*.

¹⁸ Como explica Boldó (1997), una de las características del sistema de equidad es su “Lenguaje vago e impreciso” en el sentido en que “El lenguaje utilizado en los asuntos dirimidos con criterios de equidad es deliberadamente vago e impreciso, características que le vienen dadas por su propia pretensión de generalidad y versatilidad.”. No obstante, pese a ello ser una característica del desarrollo de la figura en el ámbito de los sistemas de equidad, el lenguaje impreciso no provee una guía uniforme para una correcta aplicación jurisprudencial de la figura del levantamiento del velo.

En la experiencia norteamericana, en palabras de Krendl y Krendl (1978):

El concepto del levantamiento del velo societario desempeña un papel útil aunque ambiguo en la ley. Dado que el recurso es esencialmente de equidad e implica ignorar la entidad corporativa exige contradecir la firme política de responsabilidad limitada, los tribunales determinan con reticencia, de forma incoherente y a veces poco clara, cómo y cuándo levantar el velo (pág. 7) (traducción propia).

Como podemos observar a continuación, el primer caso al que podemos hacer referencia es el de *Bank of United States v. Deveaux* (1809) que fue emitido por la *U.S. Supreme Court*. En este caso, como bien explica Álvarez:

[...] se impugnaba la jurisdicción de los Tribunales sobre un ente social, sobre la base, hasta entonces nunca controvertida, de que la existencia de una sociedad invisible, inextinguible, y de que su existencia hunde sus raíces directamente en el reconocimiento por la Ley soberana, y así lo había proclamado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo de los EE.UU. La decisión que hubo de tomar el Juez Marshall para salvar la jurisdicción de los Tribunales sobre los entes sociales se fundaba en la penetración del velo social, sacando a la luz la realidad de las personas individuales, ciudadanos, que componían la sociedad, haciendo aplicación del art. 3 de la Constitución Federal, que extendía la jurisdicción de los Tribunales federales al conocimiento de las controversias entre ciudadanos de diferentes Estados. La decisión proclamaba que las Partes que intervienen en los procesos son esencial y sustancialmente los socios, que, al ostentar ciudadanía de alguno de los Estados, quedaban sometidos indiscutiblemente a la Jurisdicción de los Tribunales Federales. (1997, pág. 48)

A partir de este hito, los casos de levantamiento del velo societario empezaron a ser cada vez más frecuentes. Aplicando las facultades tradicionales de equidad, las cortes denegaron los intentos de interponer la forma corporativa para evadir la ley o cometer fraude. Así, inicialmente, la perforación del velo societario se restringió a los casos de fraude o ilegalidad, que, tradicionalmente, eran los elementos que determinaban la intervención de una corte de equidad. Estos casos eran la excepción a la aplicación de la personalidad jurídica, que era aplicada con bastante rigidez (Boldó, 1997, pág. 142-143).

Luego, con el caso *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.* (1905) que fue emitido por el *United States District Court of Eastern District of Wisconsin (7th Circuit)*, en el cual se señaló que por regla general, se considerará que una sociedad es una entidad jurídica, no obstante cuando esta se utilice para contrarrestar la conveniencia pública, justificar el mal, amparar el fraude o preservar el delito, la ley entenderá que la sociedad es una asociación de personas.

La doctrina que inicialmente exigía una demostración de fraude o de ilegalidad para aplicar la perforación del velo societario, ha cambiado paulatinamente a un concepto mucho más amplio en el que se requiere una conducta errónea, contraria a la equidad o fundamentalmente injusta, aunque no se llegue a observar fraude o ilegalidad (Boldó, 1997, pág. 146-147). Ello matizó de cierta forma el estándar de fraude o ilegalidad para la aplicación del levantamiento del velo que, independientemente de ello, seguía teniendo una descripción vaga y poco útil.

Adicionalmente al supuesto de fraude para la aplicación de este remedio de equidad, sobre la base del desarrollo jurisprudencial, las cortes ajustaron el fundamento jurídico del *disregard of the corporate entity*.

En los primeros supuestos de comunicación de responsabilidad entre sociedades miembros de un grupo o entre sociedad y socio único o dominante, fueron los conceptos de agency y de partnership los utilizados. Sin embargo, este último pronto cayó en el olvido. Ha sido el concepto de agency el que ha predominado y ha llegado hasta nuestros días, siendo invocado en numerosas ocasiones. (Boldó, 1997, pág. 144)

Un importante caso en el que se adoptó este enfoque fue *Berkey v. Third Avenue Railway Company* (1926) ante el *Court of Appeals of the State of New York*, en el cual el Juez Cardozo, quien emitió la opinión de la Corte, se negó a levantar el velo societario para declarar a la matriz responsable de los daños personales sufridos por el demandante que fueron causados por la empresa subsidiaria. Ello, a pesar de que la matriz era el accionista mayoritario de la subsidiaria y tenía casi los mismos directores y funcionarios, ya que no encontró indicios suficientes para considerar a la subsidiaria como un *agent* de la matriz. El reconocido Juez explica que hay casos en que el dominio puede ser tan completo, la interferencia tan intrusiva,

que, según las reglas generales de *agency*¹⁹, la empresa matriz será el *principal* y la subsidiaria el *agent* (Krendl y Krendl, 1978, pág. 9-11).

Ahora, consideramos que es posible conceptualizar que el control que la sociedad matriz o que el socio dominante ejercía sobre la subsidiaria, es equivalente al poder que un *principal* tiene de dirigir las actividades del *agent*. Sin embargo, debemos precisar que el concepto de *agency* es distinto a las relaciones entre sociedad dominante y subsidiaria. Por ejemplo, la subsidiaria actúa en su propio nombre y por su propia cuenta y las relaciones que nacen de la *agency* entre el *principal* y el *agent* son de tipo contractual.

En ese sentido, parecería que, en la medida en que la doctrina del levantamiento del velo desarrolló su fundamento en metáforas, la palabra *agency* ha sido utilizada como una metáfora más, al igual que “*instrumentality*”, “*alter ego*”, “*puppet*”, “*cloak*”, “*sham*”, etc., para explicar la aplicación de la doctrina (Boldó, 1997, pág. 145). Asimismo, algún otro autor ha señalado que a los jueces les gusta afirmar que una entidad corporativa puede ser desestimada porque actuaba como agente de sus accionistas. Sin embargo, cuando las cortes se refieren a una sociedad como un “mero agente” de sus accionistas, hacen referencia a una metáfora, como “*alter ego*” o “instrumento”, y no pretenden aplicar los principios de *agency*. No es correcto referirse a la aplicación de los principios de *agency* como un método de desestimar la entidad corporativa; más bien, la *agency law* y la *corporate disregard law* deben considerarse como teorías legales distintas disponibles para imponer responsabilidad a un accionista (“Disregard of the Corporate Entity”, 1978, pág. 347).

Pese a lo señalado, no descartamos la posibilidad de que existan situaciones en las que una sociedad controlada o subsidiaria actúe como un *agent* de sus accionistas o matriz. Sin embargo, cabe precisar que cuando estemos ante este supuesto, serán aplicables los principios del *agency law*. La aplicación de estos principios, que son relativamente más claros y mejor desarrollados, hacen innecesaria la perforación del velo societario que, como recurso excepcional, no tiene lugar en estos supuestos.

¹⁹ El concepto de *agency* consiste en la relación entre un *agent* y un *principal*. Esta relación nace cuando el *agent* recibe un *authority* para actuar en nombre del *principal*. Así, un acuerdo realizado por un *agent* es vinculante para el *principal* siempre y cuando el acuerdo esté dentro de la *authority* concedida o razonablemente percibida por un tercero. La *authority* puede ser expresa o implícita y, adicionalmente, un *principal* puede estar obligado por las acciones de un *agent* si existió un *apparent authority* (cuando, a pesar de no existir poder, un tercero infiere razonablemente que alguien está autorizado a actuar en nombre del representado debido a la conducta de éste).

A finales del siglo XIX, en 1898, en el caso *Harris v. Youngstown Bridge Co.* (1898) ante el *United States Court of Appeals (6th Circuit)*, se introduce un nuevo concepto hoy bastante conocido para fundamentar casos de levantamiento del velo: el *alter ego*.

Inicialmente, el concepto del “*alter ego*” se utilizó como una metáfora que hacía alusión a una intolerable relación de proximidad entre dos sociedades (una dominante y otra dominada, o matriz y subsidiaria). Para este tipo de casos, el concepto era aplicado como fundamento para hacer responsable a la controladora por los actos de una sociedad bajo su control. Ahora, en estos casos la atribución de responsabilidad nacía de la naturaleza de la relación interna entre las partes y no por una declaración de inexistencia de la personalidad jurídica separada. Por ello, algunos consideraron este concepto similar al de “*agency*”. (Boldó, 1997, pág. 146)

De estos primeros casos que brevemente desarrollamos en los que se invocó el *disregard of the corporate entity* podemos apreciar una vaguedad de conceptos que no daban pautas, o daban pautas demasiado generales, para la aplicación de la figura.

The whole problem of the relation between parent and subsidiary corporations is one that is still enveloped in the mist of metaphor. Metaphors in law are to be narrowly watched, for starting as the devices to liberate thought, they end often by enslaving it. We say at times that the corporate entity will be ignored when the parent corporation operates a business through a subsidiary which is characterized as an "alias" or a "dummy." All this is well enough if the picturesqueness of the epithets does not lead us to forget that the essential term is to be defined in the act of operation. (*Berkey v. Third Avenue Railway Company*, 1926)

Por ello, coincidimos con algunos autores que señalan que en el siglo XX se comenzó a conceptualizar realmente un levantamiento de velo por consideraciones vinculadas a rasgos “raros” o “excepcionales” en la relación entre la sociedad matriz y subsidiaria, que demostraba que la subsidiaria carecía de existencia legal separada por la que se le debería negar la personalidad jurídica separada con el propósito de extender la responsabilidad sobre la dominante. (Boldó, 1997, pág. 146)

Así, en el caso *Automotriz del Golfo de California v. Resnick* (1957) ante la *Supreme Court of California*, en un intento de dar mejores directrices para definir cuándo estamos ante un *alter*

ego que ameritaría que se perfore el velo societario, se planteó el denominado “*two prong test*” consistente en el análisis de dos requisitos para levantar el velo:

- Un primer requisito denominado “*formalities requirement*”, que analiza la confusión de intereses y patrimonios entre el Controlador o dominante y la Sociedad Controlada, verificando si se ha respetado la personalidad jurídica separada entre estas; y,
- Un segundo requisito denominado “*fairness requirement*”, que analiza el supuesto de que si se consideraran a las sociedades como sujetos distintos, se llegaría a un resultado injusto.

Aparte del *alter ego*, las cortes estadounidenses se han valido de otros fundamentos para sus decisiones sobre el *disregard of the corporate entity*. Las otras variantes son: la doctrina de la instrumentalidad y la doctrina de la identidad. Como explican Krendl y Krendl (1978, pág. 14-15) muchas Cortes han analizado el problema a través de un *test* de “*alter ego*” o “identidad” (que parecen ser esencialmente los mismos).

Sobre la primera, como bien señalan Krendl y Krendl (1978, pág. 11), es importante rescatar el trabajo elaborado por Frederick Powell en 1931, mediante el cual intentaba sintetizar los casos en los que se había perforado el velo societario. Powell planteó un “*instrumentality test*” que, en su opinión, era la prueba para determinar si una subsidiaria estaba tan dominada por su matriz que debía levantarse su velo para declarar responsable a la matriz²⁰.

Como se puede apreciar en el caso *Lowendahl v. Baltimore & Ohio R.R.* (1936) ante el *Court of Appeals of the State of New York*, en el cual dos individuos insolventes habían transferido, antes de que se dictara sentencia en su contra a favor de Lowendahl, prácticamente la totalidad de sus bienes a una nueva sociedad recientemente creada a cambio del cuarenta y nueve por ciento de sus acciones. El demandado B&O Railroad era el accionista mayoritario de dicha sociedad y, cuando Lowendahl no pudo recuperar el dinero contra ninguno de los deudores individuales o contra la sociedad cesionaria insolvente, demandó a B&O basándose en la teoría de que el velo corporativo de la sociedad cesionaria debía ser traspasado para responsabilizar a B&O.

²⁰ Es importante la precisión hecha por Krendl y Krendl (1978, pág. 11) “Aunque la prueba de Powell se derivó de un estudio de la relación matriz-filial y puede haber sido concebida para aplicarse exclusivamente a esa relación, se ha aplicado con la misma fuerza para levantar el velo de las sociedades estrechamente controladas y responsabilizar a los accionistas individuales.” (Traducción libre)

La corte, al negarse a levantar el velo, se refirió a que los deudores individuales habían formado su plan para evadir a los acreedores mucho antes de que se pusieran en contacto con el demandado y, por lo tanto, que B&O Railroad no había desempeñado ningún papel directo en el perjuicio causado al demandante. La corte también determinó que B&O Railroad no controlaba de hecho la empresa en cuestión en el momento de la transferencia fraudulenta, que pagó el valor justo por sus acciones y no recibió ningún activo de la empresa desaparecida, y que ni siquiera se demostró que hubiera tenido conocimiento o advertencia alguna de las actividades indebidas de los accionistas individuales insolventes. Citando a Powell, la corte del caso Lowendahl declaró que deben probarse tres elementos para levantar el velo corporativo:

- (1) La existencia de control, caracterizado por un dominio completo de las finanzas, de la política y la práctica de la compañía con respecto a la transacción materia de controversia y no un mero control accionarial. Ello, de modo que la Sociedad Controlada, respecto de la transacción no tuviese -en ese momento- una voluntad propia separada; y
- (2) Que dicho control debe haber sido utilizado por el demandado para cometer fraude o injusticia, para perpetrar una violación a un deber legal; o, un acto deshonesto o injusto en perjuicio de los derechos del demandante; y
- (3) Que el mencionado control y el incumplimiento del deber deben causar de forma próxima el perjuicio reclamado.

La “identity doctrine”, por su lado alude a los casos en los que existe una identidad común entre la una Sociedad Controladora y una Subsidiaria que está bajo su control.

Jurisprudencia y doctrina coinciden en señalar que esta teoría puede considerarse «intercambiable» con otras teorías sobre el piercing of the veil, bajo las cuales se ignoran las personalidades separadas de la sociedad dominante y la dominada, y son consideradas como si de una sola persona se tratase. (Boldó, 1997, pág. 107)

Sobre estos desarrollos, podemos advertir que, como desarrolla Boldó (1997):

[...] dichos «standards» han sido calificados como «desesperadamente generales». De acuerdo con ello, los tribunales han reconocido que la aplicación de la «veil piercing jurisprudence» se realiza en cada caso concreto, valorando la totalidad de circunstancias

que en él se presentan. Esto nos lleva a deducir la falta de utilidad de estos «standards» como guías a la hora de adoptar una decisión. (pág. 149)

Por ello es que han existido intentos de apartamiento y de clarificación de estas teorías del *alter ego*, instrumentalidad e identidad.

De hecho, algunos autores sostienen que, aunque parecen *tests* distintos, es difícil ver una diferencia real entre ellos. En esencia, ambos requieren algún tipo de conducta indebida como resultado del control de otra persona o personas, cuya implicancia sea que la sociedad era incapaz de funcionar como una entidad por derecho propio. El dominio se utilizó para sustentar una ficción corporativa y la entidad se organizó con fines fraudulentos o ilegales. (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 161)

No obstante ello, se han manifestado casos donde, al verificar que la Sociedad Controlada era simplemente una farsa, sin capital, trabajadores, o existencia real; se ha levantado el velo únicamente bajo el *formalities requirement*, sin exigir una demostración de conducta indebida o contraria a la equidad (Boldó, 1997, pág. 150; Krendl y Krendl, 1978, pág. 11). Lo mismo en el sentido contrario, se han manifestado casos en lo que ha sido suficiente el *unfairness requirement* para levantar el velo societario.

En el caso *Castleberry v. Branscum* (1986) ante la *Supreme Court of Texas*, conforme explica Álvarez (1997), se planteó ante el Tribunal Supremo de Texas:

[...] la cuestión de la validez de unos contratos concertados entre el demandante y una sociedad enteramente controlada por la sociedad demandada, el Tribunal prescindió absolutamente del *formalities requirement*, y mantuvo que procedía en el caso subjudice levantar el velo aunque se había probado la observancia de las formalidades societarias y la inexistencia de confusión entre los patrimonios de la sociedad y los socios, porque, en el caso concreto enjuiciado, se había hecho uso de la forma social dentro de un programa o plan de actuación injusto, encaminado a obtener un resultado incompatible con la Equidad (pág. 50).

La Corte rechazó el argumento de la corte inferior según el cual “*alter ego*” era un sinónimo de toda la doctrina del *disregard* y delimitó la doctrina del “*alter ego*” a aquellos casos en los

que no podía verificarse en la sociedad elementos de separación, y mantener la responsabilidad limitada de una Controladora y la Sociedad Controlada nos llevaría a un resultado injusto; es decir, a los casos que cumplan con el *two prong test*. Así, señaló que existen muchas otras circunstancias que conducen al levantamiento del velo societario en las que no resulta aplicable la doctrina del “*alter ego*”. En el caso en concreto:

[...] se produce en las siguientes circunstancias: cuando la ficción (corporate fiction) se usa como un medio para cometer fraude, eludir una obligación legal, conseguir o perpetuar un monopolio, llevar a cabo un acto en fraude de ley, llevar a cabo negocios por medio de otra sociedad, o como protección para cometer delitos (Boldó, 1997, pág. 150).

Por otro lado, adicionalmente al análisis sobre control e inequidad derivados del *instrumentality test* y el *two prong test*, otros tribunales de justicia se han dedicado al análisis de subcapitalización. En el caso *Minton v. Cavaney* (1961) ante la *Supreme Court of California*, los padres de una niña que falleció en una piscina pública arrendada a una sociedad, que, condenada en un proceso anterior seguido contra la misma, resultó ser insolvente. En un segundo proceso, dirigido contra el Sr. Cavaney como único accionista de esa sociedad insolvente, la corte declaró fundada la demanda de los padres perjudicados, sosteniendo que los titulares de hecho de una sociedad resultan personalmente responsables de las deudas de ésta cuando se conducen como dueños de los bienes de aquella o cuando no se provee de capital mínimo suficiente a dicha sociedad para responder por sus deudas. (Álvarez, 1997, pág. 52)

A diferencia de ese caso, en *Walkovsky v. Carlton* (1965) ante la *Appellate Division of the Supreme Court of New York, Second Department, leading case* sobre levantamiento del velo societario en las cortes de Nueva York²¹, se desestimó el reclamo del demandante que fue atropellado por un taxi propiedad de *Seon Cab Corporation*, compañía subcapitalizada de la cual el Sr. Carlton era accionista, al igual que de otras 10 empresas.

Como se puede advertir, la figura que fue construida sobre la base de metáforas, como lo es la perforación del velo societario, no tiene una fórmula precisa que nos permita predecir cuándo

²¹ Legal Information Institute. (s.f). *piercing the corporate veil*. Recuperado el 5 de julio de 2023, de https://www.law.cornell.edu/wex/piercing_the_corporate_veil#:~:text=In%20New%20York%2C%20Walkovsky%20v,busines%20in%20an%20individual%20capacity.

las cortes de justicia lo aplicarán; la decisión dependerá de las particularidades de cada caso y no dependerá de un solo elemento. (Boldó, 1997, pág. 148)

En palabras de Clark (1986, pág. 38):

Do you notice anything intellectually disturbing about this formulation? That's right; it's vague.

It hardly gives you any concrete idea about which conduct does or does not trigger the doctrine -not enough of an idea, at least, to give you the ability to counsel clients in a meaningful way. Nor do any of the other general case law formulations do much better.

Ahora, si bien el escenario usual del levantamiento del velo societario que hemos desarrollado hasta el momento consiste en un Controlador que interpone a una sociedad controlada a fin de defraudar a su contraparte contractual o evitar responsabilidad extracontractual frente a terceros en el marco de sus actividades, la perforación del velo también aplica a escenarios en los cuales el Controlador o Matriz diluye su patrimonio mediante la constitución y transferencia a de los bienes a una o más Sociedades Controladas o Subsidiarias. Cuando el levantamiento del velo societario aplica para llegar a las Sociedades Controladas se le conoce como “*reverse piercing*”.

En el caso *McCall Stock Farms, Inc. v. U.S.* (1993) que fue resuelto por la *United States Court of Appeals (Federal Circuit)*, el Juez Clevenger, representando la opinión de la Corte, señaló, ante la alegación de McCall Stock Farms, Inc de que no era posible la aplicación inversa del levantamiento del velo (*reverse piercing*), que debía ser rechazada. Así, señaló que es posible perforar el velo de esta manera.

Por otro lado, para verificar que se aplicó correctamente la figura, la Corte, en este mismo caso, analizó la satisfacción de los dos requisitos del *two prong test* desarrollado en la doctrina del *alter ego*. De ello se desprende que para la aplicación del *reverse piercing* se verifican los mismos requisitos que fueron desarrollados para los casos “regulares”²² de levantamiento del velo societario.

A manera de resumen de lo desarrollado en esta sección, podemos apreciar que en el *common law* el levantamiento del velo societario surge como una respuesta a la limitación de

²² Denominamos “casos regulares” a aquellos casos que hemos desarrollado previamente que involucran a una Controladora que se escuda en la personalidad jurídica de su sociedad controlada para defraudar a su contraparte contractual o a un tercero.

responsabilidad derivada de la personalidad jurídica separada que ostentan las compañías. La figura en cuestión nace como un remedio de equidad para limitar el uso inadecuado de la personalidad jurídica. Lo que varía en cada jurisdicción es la construcción y desarrollo de la figura.

Podemos apreciar que en el Reino Unido no ha habido un gran desarrollo de la figura, pero que, a pesar de ello, con el caso *Prest v. Petrodel Resources Ltd.* (2013) se ha establecido una regla bastante clara en la cual el velo societario será levantado con el fin, y sólo con el fin, de privar a un Controlador de la ventaja que de otro modo no habría obtenido mediante la personalidad jurídica independiente de la sociedad cuando: (i) una persona se encuentra bajo una obligación o deber legal existente o sujeta a una restricción legal existente que (ii) elude o cuya ejecución frustra deliberadamente (iii) interponiendo una sociedad que domina.

Por otro lado, en la experiencia estadounidense, donde se ha desarrollado más la figura del levantamiento del velo societario, podemos apreciar una construcción paulatina de la figura en el intento de superar los problemas que generan el uso de metáforas para el desarrollo jurisprudencial de esta. En el marco de ello podemos advertir la intención de aclarar la aplicación de la figura mediante la introducción de *tests*. Así, de acuerdo con lo desarrollado en este capítulo, podemos ver que el velo societario se ha levantado cuando:

1. La figura societaria se utiliza para cometer fraude o ilegalidad;
2. Cuando se cumple el *instrumentality test*;
3. Cuando se cumplen los dos requisitos del *two prong test*;
4. Cuando existe un cumplimiento "muy fuerte" del *formalities requirement* del *two prong test*;
5. Cuando existe un cumplimiento "muy fuerte" del *unfairness requirement* del *two prong test*; y
6. Cuando una empresa subsidiaria o controlada se encuentra subcapitalizada.

Es importante destacar que las cortes estadounidenses evaluarán los aspectos arriba desarrollados para tomar su decisión sobre si levantar o no el velo societario. No obstante, lo cierto es que, del amplio desarrollo en la experiencia norteamericana, se puede advertir que no hay una respuesta uniforme y predecible para saber cuándo se levantará o no el velo.

3. Transferencia de esta práctica al Civil Law

Como se puede advertir de la sección anterior, el levantamiento del velo societario en el *common law* no ha tenido un desarrollo uniforme, ni libre de vaguedad e incertidumbre. Primero, debido al uso de metáforas y lenguaje vago y luego debido a la ausencia de uniformidad en el análisis de casos y aplicación de los “*tests*”. Estos problemas no fueron superados antes de que se diera un traspaso de la figura a los ordenamientos del *civil law*.

Adicionalmente, como podemos advertir en la sección anterior, el levantamiento del velo societario se construyó sobre la base de conceptos e instituciones propias del *common law*, por lo que al importarse a los ordenamientos del derecho continental se tuvo que adaptar la figura a las instituciones propias de cada ordenamiento²³.

Desde el derecho continental, Ralf Serick publicó en 1955 su obra “*Rechtsform und Realität Juristischer Personem*” que recogía la experiencia norteamericana respecto a la perforación del velo societario y pretendía aplicar lo aprendido de esta a la realidad jurídica alemana en la cual, el autor consideraba que, se manifestaba una deformación del concepto de persona jurídica. Así, Serick planteó presupuestos para que las cortes alemanas pudieran desestimar la personalidad jurídica y hacer responsables a sus socios.

Serick somete a crítica las soluciones de la jurisprudencia norteamericana que analiza, porque entiende que el recurso a la Equidad como fundamento de la desestimación de la personalidad jurídica impide alcanzar unas soluciones seguras. Sobre esta base llega a afirmar que para prescindir de la forma de la persona jurídica debe concurrir una utilización abusiva de esa forma. (Álvarez, 1997, pág. 57)

Así, desarrolla tres grandes categorías en las que recoge todos los abusos que justificarían el levantamiento del velo, las cuales son:

²³ “Transferring legal rules or institutions from one legal order to another is a process with normative, political and social consequences which are often disregarded. [...] The use of legal transplants fulfils the function of filling systematic lacunae in legal systems and enhancing the legitimacy of judicial decisions. Legal transplant theories address in essence issues of ‘horizontal judicial borrowing’ between national legal systems. [...] The judicial borrowing process implies a specific reform process where the rules borrowed undergo a local interpretation or ‘translation’ process by the receiving culture.” (Mitsi, 2018, pág. 134)

- i. El fraude a la ley, perpetrado a través de una persona jurídica: cuando los destinatarios de un norma utilizan la personalidad jurídica para eludir los efectos de esta, evitando las consecuencias previstas en la ley. La conducta prohibida sería realizada formalmente por la persona jurídica, quien asumiría las consecuencias en lugar del socio que sería el autor material de la conducta antijurídica.
- ii. El fraude o violación de contrato: cuando un accionista, instrumentalizando a la sociedad, frustra ilegítimamente el cumplimiento de un contrato.
- iii. El daño fraudulento causado a terceros: categoría que comprende todos los demás casos en los que el uso fraudulento de la persona jurídica origina un perjuicio a otro.

Así, propone que: (i) si la estructura formal de una persona jurídica se utiliza de una manera abusiva, el juez podrá desestimarla para frustrar el resultado contrario a Derecho, prescindiendo para ello de la regla que establece una separación entre una sociedad y sus socios; (ii) no resultaría suficiente alegar que si no se desestima la personalidad jurídica se frustraría la finalidad de una norma o de un negocio jurídico; (iii) si la norma de la persona jurídica se utiliza para encubrir la existencia de identidad que intervienen en un determinado acto, podrá desestimarse la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar parta de la premisa de que la identidad o diversidad de los sujetos intervinientes no sea puramente nominal, sino verdaderamente efectiva.

Así, inicialmente se adoptaron estas ideas para luego construir las doctrinas del levantamiento del velo societario en las jurisdicciones del *civil law* sobre la base de principios propios de estos ordenamientos.

Teniendo esto en consideración, pasaremos a estudiar brevemente los casos de Alemania, España y Perú. Partiremos brevemente de la experiencia alemana donde, como desarrollamos, Serick inició los intentos de incorporar la jurisprudencia norteamericana al *civil law*. Luego de ello daremos un sucinto repaso a la experiencia española cuya doctrina se ha apoyado en los desarrollos de Serick y que, además, su desarrollo legislativo en materia societaria es un antecedente de nuestra legislación. Finalmente abordaremos el caso peruano, ordenamiento en el que se enmarca el desarrollo de nuestra tesis.

a) Alemania

Hoy en día, el levantamiento del velo societario es poco aplicado por los tribunales de justicia alemanes. Ello porque ciertas conductas y supuestos para los cuales se emplearía la figura en la experiencia norteamericana, ya tienen una solución específica prevista en el ordenamiento alemán. (Cheng-Han *et al.*, 2019)

Sin embargo, ¿qué ocurre con todos los demás supuestos bien conocidos por la jurisprudencia de los ordenamientos del *common law*? La jurisprudencia estadounidense e inglesa abarcan un abanico más amplio de situaciones, y se plantea la cuestión de cómo las trataría el Derecho alemán.

La respuesta es la siguiente: todos los demás supuestos en los que terceros tienen derechos frente a los accionistas no se consideran excepciones al principio de responsabilidad limitada. En su lugar, se aplican los principios del derecho de obligaciones, así como las interpretaciones teleológicas de las disposiciones legales y las cláusulas contractuales generalmente aceptadas, y protegen los intereses de terceros. En todos estos casos, el accionista es considerado responsable de lo que hizo o prometió al tercero, pero no por su papel en la empresa. El papel de la empresa en estos casos es el de espectador silencioso. (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 183) (Traducción libre)

Por ejemplo, en los casos en los que la existencia de la empresa se ve amenazada por los accionistas (cuando -por ejemplo- manejaron indebidamente activos destinados a ser reservados preferentemente a los acreedores, y de ese modo, provocaron o agravaron la insolvencia de la empresa) en los que uno pensaría que un posible remedio para sus acreedores sería desestimar la personalidad jurídica, existe el “*existenzvernichtender Eingriff*” que hace que se genere un supuesto de responsabilidad extracontractual por la manipulación indebida y dolosa de los activos de la empresa ante lo cual los daños y perjuicios se deben únicamente a la empresa y, en la práctica, esto significa que los administradores concursales puedan ejecutar estos créditos en nombre de la empresa²⁴. (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 175-178).

²⁴ Fuera del supuesto de insolvencia, los acreedores deben obtener un título ejecutivo contra la empresa y solicitar entonces que se les cedan los créditos de la empresa contra sus accionistas.

Así, las cortes han llegado al punto en que limitan las demandas directas de los acreedores perjudicados contra los accionistas a las situaciones en las que los activos se han mezclado (cuando los accionistas ignoran la identidad jurídica independiente de la empresa en cuestiones financieras). (Cheng-Han *et al.*, 2019, pág. 180)

En ese sentido, una sentencia del 2005 del BGH definió los requisitos de la responsabilidad personal derivada de la mezcla de activos empresariales y personales sin tener en cuenta los principios de mantenimiento del capital. Sostuvo que las operaciones de pago entre la sociedad, su accionista o accionistas y terceros deben carecer de transparencia hasta el punto de que resulte imposible atribuir las a la sociedad y que, en consecuencia, el patrimonio social resulte indistinguible del patrimonio personal del accionista. De este modo, confirmó sentencias anteriores que habían llegado a las mismas conclusiones. La responsabilidad personal resultante de esta conducta sólo puede afectar al accionista o accionistas responsables de la situación, y no a otros accionistas que simplemente sean miembros de la sociedad durante el tiempo en que se produce la mezcla. Por lo tanto, este tipo de levantamiento del velo se aplica más comúnmente a los accionistas únicos o mayoritarios (Cheng-Han *et al.* 2019, pág. 180).

La perforación del velo en estos casos de mezcla de patrimonios es un concepto creado por el juez que llena un vacío normativo. Su fundamento doctrinal es el abuso de la forma societaria que da lugar a la pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada y, en su lugar, conduce a la aplicación del artículo 128 del Código de Comercio (*Handelsgesetzbuch*) que responsabiliza personalmente a todos los socios colectivos de las sociedades mercantiles. Es estrictamente independiente de todos los demás supuestos en los que las acciones de los accionistas dan lugar a pérdidas para la sociedad. Estos otros casos se resuelven actualmente mediante la aplicación de los principios generales del derecho, ya sean las disposiciones legales de responsabilidad o los principios del derecho contractual. (Cheng-Han *et al.* 2019, pág. 181).

Podemos ver que los supuestos para la aplicación del levantamiento del velo societario varían en el ordenamiento alemán, no necesariamente por ser de una tradición jurídica distinta, sino por la existencia de otros remedios jurídicos específicos que hacen innecesaria la aplicación de la figura. En palabras de Cheng-Han *et al.* (2019):

[...] en Alemania no se necesitan los principios del levantamiento del velo para hacer frente a situaciones en las que un accionista trata de ocultarse tras el principio de

responsabilidad limitada y que suelen considerarse casos de levantamiento del velo en otras jurisdicciones. Se ha demostrado que los tribunales hacen caso omiso del principio de responsabilidad limitada y permiten a los acreedores de la empresa reclamar directamente contra los accionistas en una única situación: cuando los accionistas mezclan los activos de la empresa con los suyos propios. (pág. 185) (traducción propia)

b) España

En el caso español, la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo No. 673/2021 del 5 de octubre de 2021, es bastante clara y nos da un panorama bastante bueno de la aplicación de la figura del levantamiento del velo societario en el ordenamiento jurídico español. En este caso la Sala Civil resolvió declarar fundado un recurso de casación que advertía una infracción normativa por la no aplicación del principio de buena fe y la no aplicación del levantamiento del velo societario.

En este caso, los demandados constituyeron la sociedad Libomediterraneo, S.L., con un capital social de 3,200.00 euros. La sociedad se dedicaba a la promoción inmobiliaria y los demandados (Luis Manuel y Begoña) fueron los administradores mancomunados de la sociedad. Esta empresa contrató con Construcciones Nicolás Moreno, S.L. (en adelante, la “demandante”) a fin de que esta última ejecute una obra. Finalizada la obra, quedó pendiente de pago a la demandante una suma de dinero para la cual se emitieron dos pagarés. No obstante, al vencimiento de estos pagarés, estos no fueron atendidos.

El 17 de febrero de 2009, los demandados cesaron en sus cargos en la empresa y nombraron un administrador único (Luis Pedro). En la misma fecha, los demandados vendieron todas sus participaciones en Libomediterraneo, S.L. a la empresa Renomajarts, S.L., quien dejó inactiva la sociedad adquirida.

La demandante interpuso una acción de juicio cambiario contra Libomediterraneo, S.L., a fin de poder cobrar los pagarés. Pese a que el proceso se prolongó por cuatro años, al fin de este, la deuda no se pudo satisfacer en la medida en que Libomediterraneo, S.L. carecía de bienes.

Así, al no tener otros recursos disponibles, la demandante interpuso una demanda por incumplimiento contractual contra los demandados y el administrador único nombrado tras la

renuncia de estos. Mediante la demanda se reclamó el pago de la cantidad debida, basándose en la invocación de la doctrina del levantamiento del velo societario por la que solicitó que se declare la responsabilidad solidaria de los demandados respecto de la deuda de Libomediterraneo, S.L. con el demandante; y, el pago de la deuda.

Al respecto, en la Sentencia de Casación por la que se declaró fundado el pedido de la demandante, la Sala Civil del Tribunal Supremo español señaló que conforme a su jurisprudencia:

[...] la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley.

Sin embargo, precisó que:

[...] el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que, "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de **infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso-** sea procedente el **"levantamiento del velo"** a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros (el énfasis es nuestro)

La Sala Civil explicó, que el levantamiento del velo societario se fundamenta en la buena fe que sirve de principio inspirador del sistema de Derecho patrimonial (artículo 7.1 del Código Civil español). De ahí su estrecha conexión con la figura del abuso del derecho y con la noción del fraude de ley contemplados en los artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil español.

Así, señaló que:

[...] la jurisprudencia "justifica la técnica y práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)

La Sala Civil precisó que la perforación del velo tiene carácter excepcional y, conforme a ello, debe aplicarse de forma restrictiva. En ese sentido, expresó que la perforación del velo societario requería que se verifiquen circunstancias que acrediten de forma clara un abuso de la personalidad jurídica de una sociedad. Por ello, señala que la aplicación de la figura debe ser prudente y ponderada, considerando las particularidades de cada caso y su aplicación ante a falta de otros remedios legales para satisfacer la pretensión del demandante.

Así, podemos determinar que, sin perjuicio de los presupuestos para levantar el velo, la Sala Civil se refiere a que la figura se caracteriza por ser subsidiaria.

Adicionalmente, la Sala Civil explica que las circunstancias para la aplicación del levantamiento del velo pueden ser muy variadas, lo que ha generado -en la práctica- a una amplia tipología de supuestos para su aplicación. Sin embargo, precisa que no deben mezclarse un tipo de supuestos con otro.

Por ejemplo, no es lo mismo la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, que los casos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros (sentencias 326/2012, de 30 de mayo, 5/2021, de 18 de enero, y las allí citadas).

Así, la Sala Civil concluyó que en los casos en que concurren los requisitos para la perforación del velo resulta conforme a derecho romper el principio de relatividad de los contratos a fin de salvaguardar la protección del derecho de crédito. Admitiendo, para ello, la legitimación pasiva

de aquellos accionistas de la sociedad deudora que resulten responsables de la satisfacción de dicho derecho.

c) Perú

En el Perú, el desarrollo del levantamiento del velo societario no se aleja mucho de la experiencia española. Al igual que en la experiencia española, la perforación del velo en el Perú se ha planteado por la doctrina y reducida jurisprudencia como (i) derivado de la buena fe; y, (ii) que surge a partir de las figuras del abuso del derecho o el fraude a la ley.

Como bien señala la Artieda-Aramburú (2010, pág. 229):

[...] la doctrina del levantamiento del velo societario no se encuentra regulada expresamente en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, y tal como sucede en otros países, resulta posible su aplicación en la jurisprudencia, especialmente en casos de abuso de derecho y fraude a la ley [...] (Énfasis agregado).

Es posible confirmar dicha afirmación. Como se puede observar, el concepto de persona jurídica se ha recogido de manera superficial en el Código Civil (Galluccio y Mori, 2012, pág. 80):

Artículo 76.- Normas que rigen la persona jurídica

La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas.

La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación.

Artículo 77.- Inicio de la persona jurídica

La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley.

La eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

Artículo 78.- Diferencia entre persona jurídica y sus miembros

La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

En el Perú, conforme a la Ley General de Sociedades (en adelante, “LGS”), la personalidad jurídica se reconoce desde la inscripción en el Registro y la mantiene hasta su extinción²⁵.

En el caso peruano, si bien existieron normas (y proyectos) que tenían la intención de regular el levantamiento del velo, estas figuras fueron prescindidas sin tener ninguna aplicación en la realidad. Como se puede apreciar con los ejemplos del derogado Decreto Legislativo N° 19020 (Ley General de Telecomunicaciones), que desarrollaba en su artículo 18 el abuso de la personalidad jurídica; y, el anteproyecto de la Ley General de Empresa, que también intentó regular un aspecto similar en el artículo IX del Título Preliminar con el nombre de “allanamiento de la personalidad jurídica” (Saavedra, 2018, pág. 221).

Ahora, Palacios Pareja (2008, pág. 168) rescata que dentro de la normativa peruana existen normas especiales que reconocen el concepto de grupo económico, como es el caso de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (“CONASEV”)²⁶, quien mediante Resolución No. 090-2005-EF-94-10, en el artículo 7 define lo que se considera como grupo económico:

Artículo 7.- DEFINICIÓN DE GRUPO ECONÓMICO.

Grupo Económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales.

Por excepción, se considera que el control lo ejerce una persona jurídica cuando, por la dispersión accionaria y de los derechos de voto de dicha persona jurídica, ninguna

²⁵ Artículo 6 de la Ley General de Sociedades.

²⁶ Ahora, la “Superintendencia del Mercado de Valores (SMV)”.

persona natural o conjunto de personas naturales ostente más del 30% de los derechos de voto ni la capacidad para designar a más del 50% de los miembros del directorio. (énfasis añadido)

Este ejemplo legislativo es ilustrativo de la orientación del sistema peruano hacia el reconocimiento de la existencia de un grupo económico a partir del control. Pese a que esta norma no ha tenido impacto ni es vinculante para perforar el velo societario en el ámbito judicial o arbitral, pues su alcance es claro en señalar que este aplica para las materias sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Mercado de Valores (antes, “CONASEV”) y, por ende, las únicas consecuencias aplicadas a este supuesto son las del propio reglamento, destacamos que la norma incluye ciertos requisitos específicos con la finalidad de determinar cuándo, bajo el criterio de la SMV, existe control.

Por su lado, la LGS no establece supuestos de grupo económico o perforación del velo societario. Sin embargo, reconoce la responsabilidad de una empresa matriz o de sus socios en algunos supuestos, como por ejemplo la regulación de sucursales en los artículos 396 y 397. Por ejemplo, en su artículo 48, la LGS reconoce la responsabilidad de la empresa matriz o principal en el caso de sucursales. Esta responsabilidad solidaria a la matriz, sin embargo, no es un levantamiento de velo societario pues la misma ley explica que la responsabilidad solidaria se debe a que las sucursales carecen de personería jurídica. En otras palabras, no se está desestimando una personalidad jurídica para alcanzar otra, sino que se fija a un responsable a falta de personalidad jurídica de la sucursal.

Quizás una figura más similar de la LGS al levantamiento de velo, es la regulación de los efectos de una sociedad que opera en irregularidad. Bajo distintos supuestos que vician la funcionalidad de la sociedad, desde su constitución o durante su funcionamiento, la LGS señala, mediante su artículo 424, que quienes se presenten ante terceros representando a una sociedad irregular, o que ha devenido en irregular, son responsables solidariamente por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad. En aquellos casos en los que la sociedad sea irregular desde su constitución son los socios quienes se responsabilizan por las acciones de la sociedad.

Podríamos decir que en la irregularidad se manifiestan efectos similares a los del levantamiento del velo societario, pues -de cierta forma- se desestima la personalidad de la sociedad irregular.

Sin embargo, no siempre los responsables son los socios accionistas detrás de la empresa, sino también los administradores o representantes. Esto es porque el enfoque de la LGS no está en responsabilizar a quien controla de forma absoluta a la sociedad, sino a quien utiliza su nombre como “representante”. Es decir, esta regulación es más similar a las consecuencias de una representación en exceso o imperfecta, que a un levantamiento de velo societario.

Saavedra (2018) nos explica que los operadores jurídicos a los que se les solicite aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario deberán:

[...] analizar las instituciones jurídicas del derecho o el fraude a la ley, así como la simulación y la doctrina de los actos propios (basado en la buena fe); si no se ha resuelto mediante estas instituciones o figuras jurídicas aquellos actos disfuncionales cometidos por los miembros de la persona jurídica, se debe aplicar el Levantamiento del Velo Societario, es decir, solo en casos graves. Dicha doctrina refleja que tiene un carácter meramente excepcional (pág. 223)

Según el citado autor, esta doctrina se encontraría supeditada a la verificación de determinados presupuesto como: (i) la existencia formal de la persona jurídica (lógicamente, sino no habría una personalidad jurídica distinta la cual desestimar); (ii) la existencia de una obligación a favor de otro sujeto; y, (iii) el incumplimiento de dicha obligación por parte del Controlador, mediante un uso indebido de la persona jurídica o con fraude a la ley, causando un perjuicio.

En ese sentido, el autor señala que no se podría concebir una única consecuencia derivada de la aplicación de la doctrina pues se tendría que evaluar los remedios específicos que apliquen al caso en concreto (Saavedra, 2018, pág. 224-225). Por ejemplo, podría ordenarse la extensión de responsabilidad a uno o más socios o miembros que la componen, remedio bastante común en las diferentes jurisdicciones revisadas. El autor señala que también se podría declarar la nulidad de los negocios celebrados, ordenar la aplicación de la norma imperativa burlada o de orden público, etc.

En la misma línea, De Trazegnies (2004) también considera que el descorrimento del velo puede darse en base a la aplicación de instituciones jurídicas ya existentes en nuestro ordenamiento. En concreto, De Trazegnies, señala que en el ordenamiento jurídico peruano es

posible alcanzar la desestimación de la personalidad jurídica mediante: la directriz de la buena fe contractual y el abuso de derecho (2004, pág. 13).

Sifuentes Domenack, cuando se discutía la fallida Ley General de la Empresa, que referimos al inicio de este capítulo, comenta que el capítulo de la “Teoría del Allanamiento de la Personalidad Jurídica” parecería innecesario, pues se podían obtener los mismos beneficios bajo la aplicación de las figuras de abuso de derecho y fraude a la Ley recogidos en el Código Civil (1998, pág. 369).

El levantamiento del velo societario se utiliza precisamente para evitar el ejercicio abusivo de la personalidad jurídica con la finalidad de defraudar a aquella contraparte frente a la cual se asumieron obligaciones. Como explica Boldó, el desblamiento entre la personalidad de una sociedad y su controladora puede permitir la frustración de un contrato (2006, pág. 66-67).

Este uso abusivo es también contrario a la buena fe negocial. Como describe Vidal, la buena fe negocial no solo implica una confianza y actitud legítima con respecto a lo que la literalidad de las condiciones que el contrato exige, sino también al espíritu en que fueron concebidas (2023, pág. 41). En consecuencia, bajo los principios rectores del Código Civil, la perforación del velo es una excepción posible a la personalidad jurídica y responsabilidad limitada.

Ahora, el levantamiento del velo societario también se puede formular a través de la figura del fraude a la ley. No obstante ello, y si bien, Artieda-Aramburú plantea, ciertos los supuestos en los que se podría configurar la figura del fraude a la ley, aplicada a personas jurídicas (Por ejemplo, las defraudaciones fiscales de los miembros de un grupo de sociedades, el uso de la responsabilidad limitada de una sociedad unipersonal con fines ilícitos, la fragmentación irregular de la responsabilidad civil de las empresas, etc.), no hemos encontrado jurisprudencia que aplique la perforación del velo a través de la figura del fraude a la ley (2010, pág. 229).

Las salas laborales -bajo los principios desarrollados en ámbito del derecho laboral- han llegado a la misma conclusión: el derecho rechaza el abuso de la personería jurídica y, en consecuencia, el levantamiento del velo societario es posible para garantizar la primacía de la realidad. Es decir, los jueces en el derecho laboral sí aplican el levantamiento de velo, pero bajo el principio de primacía de la realidad. Este principio ligado al Derecho Laboral da preferencia a lo que ocurre en la práctica por sobre lo expresado en documentación. En otras palabras, da efecto a

su interpretación de la realidad basada en los hechos por sobre lo expresado por las partes en documentación, como, por ejemplo, en un contrato.

Esta figura ya ha sido aplicada en la jurisprudencia peruana, por ejemplo, en el expediente No. 7172-2006 BE(A) la Segunda Sala Laboral de Lima fundamentó:

Que al aplicar este concepto al presente caso este Colegiado prescinde de la forma societaria que asumió Restaurant Peña Surquillana Empresa Individual de Responsabilidad Limitada porque como se señala en los considerandos que anteceden es evidente que la señora Virginia Adriana Cruzado Delgado constituyó la empresa con la intención de burlar el pago de sus obligaciones laborales lo cual contraviene la *ratio legis* del Decreto Ley 21621, Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que señala que se reconoce la limitación de responsabilidad del titular porque lo que se pretende es fomentar y estimular las inversiones, capacidad empresarial y la movilización de capitales (Citado en Toledo y Arauco, 2017, pág. 47-54).

Como se desprende de este fallo, la Sala comprueba la existencia de distintos elementos: (i) se identifica una obligación que pretende ser incumplida (en este caso la obligación de pago de derechos laborales); y, (ii) constituyó una persona jurídica que evitaba el cumplimiento de su obligación.

Si bien este tipo de “levantamiento del velo” ya se realiza en Salas y Juzgados Laborales peruanos, no es fácilmente trasladable a un escenario comercial. Esto pues el principio en el cual se basa es propio del derecho laboral, en el cual existe una protección especial al trabajador derivada de la Constitución. En otras palabras, en el derecho laboral se reconoce la existencia de una asimetría entre las partes y, en consecuencia, se le otorga una protección especial al trabajador y le reconoce persecutoriedad a los derechos laborales (Artieda, 2010, pág. 229). Esto no ocurre, ni puede ocurrir en el derecho civil, en el cual ambas partes poseen el mismo nivel de protección en el ordenamiento jurídico.

Estos desarrollos del levantamiento del velo societario en otras ramas del derecho peruano son relevantes para determinar dos puntos: (i) que el derecho peruano reconoce la posibilidad del levantamiento del velo como parte del rechazo al abuso; y, (ii) brinda una idea de algunos elementos necesarios para el levantamiento.

No obstante ello, consideramos que el solo señalar la buena fe, el abuso de derecho o el fraude a la ley no da suficiente claridad respecto a los requisitos que se deben cumplir, los estándares que se deben alcanzar o los elementos que se deben probar para levantar el velo societario en el Perú. En razón de ello, consideramos apropiado y compatible con los fundamentos de la buena fe y el abuso de derecho, el uso de los requisitos desarrollados por la jurisprudencia norteamericana, como lo son el control y el fraude o el engaño.

4. El Convenio Arbitral

a) Conceptualización y definición del Convenio Arbitral

Como señala el profesor Gary Born: “there is a surprising lack of guidance as to what constitutes an “arbitration agreement” (2021, pág. 1) y, en nuestra opinión, dicha definición ha ido variando conforme a la evolución del arbitraje hasta llegar a una definición mayoritariamente uniforme como la actual.

Algunos autores consideran que “el arbitraje es tan antiguo como las divergencias humanas” (Galán, 2007, pág. 186). Born considera que el arbitraje traza sus inicios hasta la mitología antigua en la resolución de disputas de dioses griegos (2021, pág. 1). Mientras que autores como Karrer remontan el origen del arbitraje al período romano en el que el Estado tenía un rol prácticamente inexistente en la resolución de disputas comerciales y, en consecuencia, era el arbitraje el sistema de justicia con un rol predilecto (2014, pág. 233).

Si bien en estos períodos históricos inicia el desarrollo del arbitraje, resulta muy complicado extraer una definición de convenio arbitral que pueda ser aplicada o sea similar al entendimiento actual de este concepto. A partir de este repaso únicamente podríamos concluir que la definición esencial y primaria del arbitraje es el sometimiento de una controversia a la decisión de tribunales privados, pero este sometimiento no parecería generarse por un acuerdo entre las partes, sino por la sencilla razón de que este parecería ser el único método de justicia disponible.

Un poco más adelante en la historia del desarrollo del arbitraje, podemos encontrar sus primeras inclusiones en leyes domésticas. Villalba y Moscoso describen que, durante el siglo XVIII, el arbitraje constituía una figura acorde a los principios de la revolución francesa, por lo que el

Edicto de Francisco II de agosto de 1560 hizo obligatorio el arbitraje en determinadas materias, entre ellas, las diferencias entre mercaderes relacionados a su actividad comercial, las demandas de partición entre familiares y las cuentas de tutela y administración. Luego de ello, 1673, el arbitraje entre miembros de una sociedad comercial se volvió obligatorio (2008, pág. 144). El desarrollo de la figura en Francia es ilustrativo respecto a la definición del convenio arbitral como un concepto propio dentro del arbitraje, pues en 1806 el Código de Procedimiento Civil incluyó el arbitraje voluntario, llamándole a este título “El Compromiso” (Villalba y Moscoso, 2008, pág. 144).

Este cambio en la legislación francesa es relevante, porque introduce el elemento consensual del arbitraje. La justicia privada deja de ser una consecuencia de la ausencia estatal o un sistema mandatorio para determinado tipo de controversias y pasa a ser una elección de las partes²⁷. Es decir, en este desarrollo primario del arbitraje ya se entendía el significado de convenio arbitral bajo su más amplia definición: el compromiso de resolver las controversias mediante arbitraje.

De esta muy breve reseña histórica del arbitraje, podemos concluir que en los períodos más antiguos en los que el arbitraje hizo sus primeras apariciones, su desarrollo era entendido y definido de una manera mucho más general y no como hoy lo conocemos. Para algunos autores como Karrer (2014), la ausencia del Estado implica necesariamente arbitraje. En otras palabras, su definición de arbitraje era, en esencia: un sistema de resolución de controversias distinto al estatal.

Sin embargo, en el desarrollo de leyes domésticas el concepto de convenio arbitral ya iba tomando forma mediante la identificación de algunos de sus elementos esenciales, entre ellos: la referencia a una relación jurídica específica o que las materias que se sometan sean arbitrables. Pero el elemento común y más relevante a resaltar de estos desarrollos, es que el arbitraje se concibe como voluntario y, por ende, se hace necesaria la presencia de un acuerdo que convoque al arbitraje.

A pesar de esta destacable evolución, lo cierto es que, antes de su consolidación como figura mediante tratados internacionales, las definiciones de convenio arbitral eran amplias y poco

²⁷ Este desarrollo no tuvo mayor relevancia pues en 1843 un fallo francés declaró nulas estas cláusulas compromisorias. Este retroceso en el desarrollo del arbitraje francés no fue reparado sino hasta la suscripción del Protocolo de Ginebra en 1923.

precisas. A inicios del siglo XX la gran mayoría de jurisdicciones no establecía como válidos y ejecutables los convenios arbitrales, el desarrollo del arbitraje hasta ese momento se basaba exclusivamente en las leyes arbitrales domésticas de cada país (Repetto y Espejo, 2017, pág. 4) en las cuales, como ya hemos mencionado, el arbitraje era obligatorio para determinado tipo de controversias. En este contexto, era imposible hablar de un concepto de arbitraje o convenio arbitral estandarizado.

Así, el origen del arbitraje como lo conocemos hoy en día y el concepto de convenio arbitral, no termina de consolidarse verdaderamente hasta la elaboración de los primeros tratados internacionales sobre la materia. Particularmente, el desarrollo en la región Latinoamericana fue impulsado principalmente por su integración en la comunidad internacional y la consecuente suscripción de acuerdos internacionales (Piaggi, 2002, pág. 87).

Luego de la Primera Guerra Mundial, la Liga de Naciones y la CCI de París, propusieron medidas para facilitar el arbitraje comercial internacional.

[...] businesses in developed states made increasingly urgent calls for legislation to facilitate the use of arbitration in resolving domestic and, particularly, international commercial disputes. These appeals emphasized the importance of reliable, effective and fair mechanisms for resolving international disputes to the expansion of international trade and investment. In the international context, the newly-founded International Chamber of Commerce (established in 1919) played a central role in efforts by the business community to strengthen the legal framework for international arbitration. (Born, 2021, pág. 62)

El resultado de estos esfuerzos fue la suscripción y ratificación del Protocolo de Ginebra en 1923. Este tratado reconocía válidos aquellos acuerdos arbitrales para remitir futuras controversias a arbitraje y los definía de acuerdo con lo siguiente:

1) Cada uno de los Estados contratantes reconoce la validez de un acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras entre partes sujetas, respectivamente a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes, por el que las partes en un contrato convienen en someter al arbitraje todas o cualesquiera diferencias que puedan surgir respecto de tal contrato, relativo a asuntos comerciales o cualquier otro susceptible de arreglo por arbitraje, deba

o no éste tener lugar en un país a cuya jurisdicción ninguna de las partes esté sujeta.
(Dipublico, 2012)

Desde este tratado ya era posible identificar algunos elementos esenciales del convenio arbitral: (i) acuerdo entre las partes (es decir, consentimiento), (ii) relación jurídica determinada; y, (iii) que el conflicto esté referido a una materia arbitrable.

Sin embargo, este Protocolo tenía un enfoque territorialista, pues disponía que el arbitraje debía llevarse a cabo de conformidad con el acuerdo de las partes y por la ley del Estado en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje. Su principal problema era que bajo este enfoque los laudos debían pasar bajo un “*doble exequatur*” para ser ejecutados. Pues reconocía al “país de origen” como poseedor de competencia principal para determinar si un laudo era válido. En consecuencia, debían pasar por un reconocimiento en dicho país para poder ser ejecutados en otro (Gaillard, 2019).

A este tratado lo sucedió el Protocolo de Ginebra de 1927 con algunas reformas, pero este tuvo una escasa acogida en la entonces Liga de las Naciones, lo que finalmente redujo su eficacia. (Piaggi, 2002, pág. 88).

A pesar de ello, este tratado tuvo una importante trascendencia, pues ya mencionaba las que hoy son las bases más elementales del arbitraje comercial internacional: la posibilidad de remitir controversias futuras a arbitraje, la excepción de convenio arbitral y la materia arbitrable, entre otras cuestiones.

The Geneva Protocol played a critical – if often underappreciated – role in the development of the legal framework for international commercial arbitration. Among other things, the Protocol laid the basis for the modern international arbitral process, requiring Contracting States to recognize, if only imperfectly, the enforceability of specified international arbitration agreements and arbitral awards; in particular, the Protocol was limited to arbitration agreements “between parties subject respectively to the jurisdiction of different contracting states.” The Protocol also permitted Contracting States to limit its scope to “contracts which are considered as commercial under its national law. (Born, 2021, pág. 63)

Si bien a la par, en Latinoamérica, existieron diversos esfuerzos para la suscripción de tratados que reconocieran la ejecución de laudos arbitrales extranjeros (por ejemplo, Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940) no se logró un nivel de suscripción importante de estos instrumentos. Teniendo ello en consideración, dichos tratados no formarán parte del análisis de este capítulo, pues no han sido representativos respecto al marco normativo que impulsó el desarrollo del concepto de convenio arbitral, el requisito por escrito y la extensión a los no signatarios.

Con todo ello, podemos concluir que el Protocolo de Ginebra fue un gran primer paso y aproximación a lo que hoy conceptualizamos como “convenio arbitral”, pero dicha definición no es utilizada como referente, pues los tratados sucesores complementan esta definición con algunos elementos necesarios.

Más adelante, luego de la Segunda Guerra Mundial, y sobre la base del proyecto elaborado por la CCI de plantear un instrumento que facilite y fomente el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) elaboró en 1955 un proyecto de convención mucho más similar a la Convención de Ginebra. En este proyecto se sentaron las bases de lo que sería la Convención de Nueva York.

Finalmente, las Naciones Unidas materializaron estos esfuerzos y proyectos pasados en la hoy conocida Convención de Nueva York, la cual fue aprobada en una conferencia diplomática el 10 de junio de 1958. Si bien las Naciones Unidas fueron quienes elaboraron el proyecto de la Convención, antes de que se creara la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la promoción y elaboración de directrices para su interpretación ha sido parte de las principales labores de la CNUDMI (Secretaría de la CNUDMI, 2016).

El alto nivel de suscripción de este tratado ha potenciado su alcance y la ha posicionado como el tratado más importante sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. En palabras de Born (2021):

The comparative enforceability of arbitration agreements is in large part because of the New York Convention, to which some 164 states are party (as of June 2020), and because of the existence of national arbitration legislation (increasingly based on the UNCITRAL

Model Law), both of which facilitate the enforceability of international arbitration agreements. (pág. 75)

De hecho, autores como Bernardo Cremades (2010) celebran que la Convención de Nueva York al día de hoy representa el instrumento internacional con mayor número de ratificaciones a nivel global.

Si bien el objetivo de esta Convención no es regular el alcance o extensión del convenio arbitral, los principios de desarrollo de esta convención son relevantes para comprender los parámetros en los que se desarrolla la extensión de convenios arbitrales. Conforme a los objetivos establecidos en la propia Convención, su objetivo secundario es el reconocimiento del pleno efecto de los convenios arbitrales:

Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral. (Convención de Nueva York, 1978, pág. 1)

Si bien este objetivo se presenta como secundario, algunos autores como De Meulemeester y Lefebvre (2018, pág. 416) señalan que la Convención de Nueva York tiene en realidad un doble propósito: (i) obligar a las Cortes estatales a reconocer efectos plenos al Convenio Arbitral; y, (ii) el reconocimiento de los laudos que provengan de ellos. Incluso, autores como Blackaby, Partasides y Redfern indican que para identificar los elementos y definición del convenio arbitral hay que empezar por la Convención de Nueva York (2023, pág. 2).

Así, la definición contenida en el artículo II (1) de la Convención es la siguiente:

[...] el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las **diferencias o ciertas diferencias** que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una **determinada relación jurídica**, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. (Convención de Nueva York, Art. 2, 1978) (el énfasis es nuestro).

Según la Secretaría CNUDMI en su guía de interpretación de la Convención, a pesar de la diversidad de los sistemas jurídicos existentes en los Estados, la interpretación ha sido uniforme en el significado de estos términos y en la definición de los siguientes como elementos esenciales: (i) existencia de una controversia, (ii) relación jurídica determinada, (iii) que el asunto pueda ser resuelto por arbitraje; y, (iv) la existencia de un compromiso. Es decir, coincide con los elementos esenciales dispuesto previamente en la Convención de Ginebra.

Para mérito del análisis de este trabajo, nos interesa el segundo y cuarto punto, es decir, la relación jurídica determinada y del compromiso entre las partes. Pues para efectos del desarrollo que haremos más adelante, es vital tener en consideración el alcance de lo que se consideran “partes” en esa relación jurídica determinada y cuando se considera que existe un convenio arbitral.

Como desarrollaremos más adelante, dar plenos efectos a los acuerdos arbitrales implica también el reconocimiento de las “verdaderas partes” de este. Sin embargo, este objetivo no fue desarrollado a profundidad por la mencionada Convención. La importancia de la Convención para efectos de la extensión del convenio arbitral, yace en su considerable impacto en la Ley Modelo UNCITRAL, principalmente por dos motivos: (i) el efecto armonizador que tuvo en legislaciones arbitrales domésticas; y, (ii) que es el antecedente normativo de la Ley Modelo de CNUDMI, cuyos principios y parámetros inspiraron su creación (Sanders, 1999, pág. 13; Paulsson, 2019, pág. 275).

Sin embargo, como ya hemos mencionado, la importancia de la Convención de Nueva York no yace en su definición de convenio arbitral, sino en el reconocimiento de laudos extranjeros. Así, la definición contenida en ella es considerada meramente accesoria y no ha sido el modelo seguido por legislaciones domésticas para la definición del convenio arbitral.

Como indica Cantuarias, la Convención de Nueva York aplica únicamente a dos situaciones: (i) cuando se requiere interponer la excepción de convenio arbitral; y, (ii) cuando se solicita el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. Así, algunas materias relevantes para el correcto desarrollo del arbitraje aún no habían sido desarrolladas. Por ejemplo, no existía una regulación uniforme respecto a la procedencia de la excepción de convenio arbitral, los requisitos y formalidades que deberían observar los acuerdos arbitrales para que sean válidos

dentro del foro, cosas que debían ser reguladas por las normas domésticas de cada Estado (2007, pág. 46).

Es decir, muchas importantes áreas del arbitraje escapan al control de la Convención de Nueva York y su regulación terminaba dependiendo de la ley del lugar del arbitraje. Esto tenía como consecuencia que a pesar de que un país se haya suscrito a la CNY, no era posible considerarlo como un foro “amigable al arbitraje” pues existían otras áreas que también requerían de regulación uniforme.

En ese sentido, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional indicó su preocupación respecto a que la Convención sería insuficiente para generar un ambiente prolifero al arbitraje, pues las leyes domésticas contenían sus propias regulaciones y obstáculos.

En las leyes nacionales se encuentran restricciones no previstas ni deseadas referentes, por ejemplo, a la capacidad de las partes de someter eficazmente las controversias futuras al arbitraje; a su facultad de nombrar libremente los árbitros, o a su interés en que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustración son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido. La falta de disposiciones supletorias puede provocar también dificultades, al no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales pertinentes en el arbitraje y que no siempre prevén en el acuerdo de arbitraje (Cantuarias, 2007, pág. 67-68).

Frente a ello, en 1977 inició un debate respecto a la modificación de la CNY. Sin embargo, la Secretaría General de las Naciones Unidas, en lugar de optar por la modificación, recomendó la redacción de una ley modelo que permitiera uniformizar las legislaciones de cada país. En nuestra opinión, esta decisión fue acertada, pues la CNY sirve y funciona para su objetivo principal y reabrir la discusión de la misma para su modificación por objetivos distintos podría haber peligrado el amplio consenso que ya se había alcanzado.

Así, la CNUDMI quedó encargada de la labor de redactar un proyecto de ley modelo que abordara los temas omitidos por la Convención de Nueva York y recogiera las mejores

prácticas arbitrales existentes a ese momento, con el objetivo de uniformizar las reglas aplicables a los arbitrajes internacionales.

Although the idea of providing legislators with a model law on arbitration had been suggested to UNCITRAL as early as 1972, work on the project did not begin until 1979. In 1984, a draft model law produced by a working group was submitted to members of the UN and to interested international organizations. It was examined at an interim meeting of the ICCA in Lausanne and, following final revisions, the Model Law was adopted by UNCITRAL on June 21, 1985. By a resolution dated December 11, 1985, the United Nations General Assembly recommended that all States give due consideration to the Model Law on International Commercial Arbitration, in view of the desirability of uniformity of the law of arbitral procedures and the specific needs of international commercial arbitration practice (Fouchard, Gaillard y Goldman, 1999, pág. 107-108)

En este contexto histórico, la Asamblea General de Naciones Unidas, debatió y aprobó, el 11 de diciembre de 1985, la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la cual es conocida como la Ley Modelo CNUDMI de 1985. En esta resolución 40/72 la Asamblea General destacó dos puntos importantes sobre las razones que motivaron esta Ley Modelo: (i) el reconocimiento del arbitraje como método para solucionar controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales; y, (ii) la convicción de la Comisión respecto a que la creación de una ley modelo de arbitraje que sea aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuiría al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas (Asamblea General de Naciones Unidas, 1985).

La Ley Modelo CNUDMI ha servido de base para las leyes de arbitraje modernas a nivel mundial y funciona como base normativa principal para la extensión del convenio arbitral. A la fecha 120 Estados han basado o adaptado sus normas sobre arbitraje con base a la Ley Modelo (que recogen, a su vez, premisas de la Convención de Nueva York). Conocer este modelo es vital para entender la definición del convenio arbitral y su evolución, pues la mayoría de las leyes de arbitraje modernas están basadas en la Ley Modelo y toman su definición de acuerdo de arbitraje.

En esta se define el convenio arbitral de la siguiente manera:

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" 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 no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o 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 otra.
[...]

El primer párrafo contiene la definición *per se* de lo que es un convenio arbitral y su naturaleza. En sencillo, para la Ley Modelo el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje sus controversias. Bastante similar a lo que ya señalaba la Convención de Nueva York, los elementos del convenio arbitral serían: (i) existencia de una controversia, (ii) relación jurídica determinada; (iii) que el asunto pueda ser resuelto por arbitraje; y, (iv) la existencia de un compromiso.

Sin embargo, en su segundo párrafo la Ley Modelo de 1985 profundiza en la formalidad requerida para la validez del convenio arbitral y fija el que conste por escrito bajo determinados medios de comunicación como un requisito para su validez.

El motivo por el que se incluye una provisión como esta no es un misterio:

The historical reason for imposing this requirement is not difficult to divine. A valid agreement to arbitrate excludes the jurisdiction of the national courts and means that any dispute between the parties must be resolved by a private method of dispute resolution—namely, arbitration. This was a serious step to take, albeit one that has become increasingly commonplace in today's world of international commerce. Good reasons

therefore existed for ensuring that the existence of such an agreement should be clearly established (Blackaby, Constantine y Redfern, 2023, pág. 3).

En nuestra opinión, esta reflexión es oportuna. Mientras que exista, entre el arbitraje y las cortes nacionales, una tensión adversarial y una desconfianza al sistema arbitral, la exigencia de las mayores formalidades posibles es lógica. Sin embargo, como ocurrió en la práctica y como explicamos en este Capítulo, la evolución mercantil hizo que la exigencia del convenio arbitral “por escrito” fuera insuficiente para la realidad comercial.

A pesar del éxito de la Ley Modelo que como señalan Fouchard, Gaillard y Goldman (1999):

[...] it has ultimately proved to be at least as effective, if not more so, than traditional public international law techniques. Although the Model Law does not take the form of a treaty, legislators who have decided to review their arbitration legislation since 1985 have all “given due consideration” to the UNCITRAL Model Law, as recommended by the United Nations General Assembly. (pág. 109)

En julio del 2006 se adoptaron enmiendas a los artículos 1(2), 7 y 35(2), agregando -además- un nuevo capítulo IV para reemplazar el artículo 17 y un nuevo artículo 2A. Esta nueva versión del Artículo 7 buscaba modernizar la forma requerida del acuerdo de arbitraje conforme a las mejores prácticas contractuales.

La nueva versión de la Ley Modelo, en su artículo 7 recoge la definición y forma del acuerdo de arbitraje. La redacción de la *opción I* nos da luces de la evolución de las formalidades requeridas para la validez del convenio arbitral. Así, se entiende que el requisito de que el convenio arbitral conste por escrito es un requisito de probanza del convenio arbitral, pues se considera “por escrito” una variedad de formas en las que se deje constancia de la voluntad de las partes de acudir a arbitraje. La forma del acuerdo de arbitraje pasó de ser de lo que se considera una forma *ad solemnitatem* a una *ad probationem*.

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

En efecto, si bien normalmente las partes se someten al arbitraje en ejercicio de su autonomía privada, actualmente existen figuras en las que dicho sometimiento voluntario no requiere una manifestación expresa y por escrito de quien va a ser parte en el mismo, pudiendo una parte quedar vinculada al convenio así no lo haya suscrito. Ello, conjuntamente con otras cosas, es lo que denominamos "desformalización" del convenio arbitral. (Galluccio y Mori, 2009, pág. 194-195)

Como señala el Profesor Cremades, la desformalización del convenio arbitral representa una nueva forma de entender el derecho de los negocios y una filosofía del derecho particular a ella (Cremades, 2003, pág. 313). Esta desformalización ha sido un instrumento útil para que se aborde el levantamiento del velo. Sin embargo, como mencionamos desde nuestra hipótesis -a diferencia de las teorías de extensión a los no signatarios- no es un requisito necesario. Esta idea será desarrollada a mayor profundidad a lo largo de la tesis.

b) Principios que rigen el Convenio Arbitral

Bullard (2012, pág. 5) explica que el convenio arbitral es un tipo de acuerdo especial. Además de sus efectos jurisdiccionales, este tipo de acuerdo posee cierta autonomía que permite su funcionamiento. Esta autonomía se la brindan dos principios rectores del arbitraje: *kompetenz-kompetenz* y separabilidad.

i. *Kompetenz - kompetenz*

Uno de los principios más importantes del arbitraje es el *Kompetenz-Kompetenz*, el cual en palabras simples se resume en que: el árbitro debe pronunciarse sobre su propia competencia.

Siendo ello así, incluso si una parte alega que el convenio arbitral es inválido o incluso que no es parte de dicho convenio arbitral, es el propio tribunal arbitral quien debe pronunciarse sobre su competencia. Caivano y Zevallos explican correctamente el sentido de lo que protege este principio. De acuerdo con los autores, el principio evita que una de las partes pueda suspender el arbitraje con el solo inicio de un cuestionamiento a la competencia del tribunal ante las cortes estatales (2020, pág. 16).

Es uniforme y aceptado por aquellas jurisdicciones que han aceptado al arbitraje como método de resolución de controversias, que este principio es esencial para el desarrollo del arbitraje. La propia Ley Modelo UNCITRAL en su artículo 16 dispone que el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia. La Ley Peruana de Arbitraje, como ley inspirada en la Ley Modelo, también replica esta disposición bajo su artículo 3 numeral 3.

Esta capacidad que le otorga la ley al árbitro para pronunciarse acerca de su propia competencia, es conocido como el efecto positivo del *kompetenz-kompetenz*. Sin embargo, esta facultad del árbitro tiene el efecto contrario en el juez estatal. La competencia del árbitro es exclusiva incluso cuando se cuestiona la validez del convenio arbitral.

En consecuencia, el juez no puede recibir una disputa en la cual, existiendo un convenio arbitral, el demandado pretenda escapar de su compromiso de arbitrar presentando objeciones al arbitraje. A esto se le llama el efecto negativo del *kompetenz-kompetenz* y, con la finalidad de hacerlo efectivo, la Ley Peruana de Arbitraje regula la excepción de convenio arbitral:

Artículo 16. Excepción de convenio arbitral

(3) La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.

Así, una parte no puede alegar defectos o la invalidez del convenio arbitral para acudir al Poder Judicial desestimando el compromiso de arbitrar y, en caso lo haga, por el solo mérito de la existencia del convenio, el juez debería declarar improcedente esta demanda, devolviéndole al árbitro su jurisdicción para decidir sobre dicha controversia.

El impacto de este principio sobre la extensión del convenio arbitral es bastante relevante, pues determina que en aquellos casos en los que se pretenda incorporar a una parte adicional, será el propio tribunal arbitral quien decida sobre su competencia.

ii. Separabilidad

El convenio arbitral se puede representar como un documento independiente a un contrato o una cláusula dentro del mismo. De hecho, su representación como cláusula es lo más usual en

la práctica. Teniendo esto en consideración, el principio de separabilidad es aquel que distingue al convenio arbitral del contrato que lo contiene. Así, se le reconoce cierta autonomía al convenio arbitral, en tanto se entiende que es un acuerdo separado e independiente del contrato principal.

La mayoría de las leyes latinoamericanas reconocen expresamente el principio de separabilidad siguiendo el modelo de la Ley Modelo UNCITRAL (Fernández Rosas, 2006, pág. 708), la cual en su Artículo 16 señala que la autonomía y separabilidad está atada también al principio de *kompetenz-kompetenz*:

(1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. **A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.** (Énfasis agregado)

El primer efecto del principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral es que este no se ve afectado por los vicios que pudiera tener el contrato principal (Lava Cavassa, 2012, pág. 345). Fernández Rosas (2006) acertadamente explica la necesidad e importancia de este efecto para que el convenio arbitral pueda tener plena operatividad en los supuestos de "crisis contractual"(pág. 714).

El segundo efecto de la autonomía del convenio arbitral es que la ley aplicable al contrato principal no es necesariamente la ley aplicable al convenio arbitral y a sus asuntos (Lava Cavassa, 2012, pág. 345).

Ambos efectos de la autonomía del convenio son muy relevantes para el levantamiento del velo societario, objeto de esta tesis, pues es en base a este principio que se vuelve relevante discutir el levantamiento del velo societario respecto del convenio arbitral en sí mismo, y no solo del contrato principal.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el principio de separabilidad no puede ser aplicado a rajatabla. Como señalan Bullard y Chan (2007) este "se inspira en la necesidad de proteger el

arbitraje, no de perjudicarlo” (pág. 98), es decir, para que despliegue sus efectos, no para restringirlos.

III. CAPÍTULO II
REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DEL
LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN EL
ARBITRAJE

En el arbitraje, el levantamiento del velo societario se utiliza no solo para atribuir responsabilidad, sino también para reconocer la competencia de los tribunales arbitrales.

Los supuestos en los que aplica la figura, como desarrollamos en el Capítulo I, comprenden situaciones en las que un sujeto se aprovecha de la personalidad jurídica separada respecto de una o más sociedades que controla para defraudar a su contraparte. Por ejemplo, pero sin limitarse a, cuando: (i) se quiere alcanzar a una Controladora que se encuentra instrumentalizando a una Sociedad Controlada que la “escuda”; o, (ii) se quiere alcanzar a las Controladas o empresas vinculadas mediante las cuales la Controladora ha diluido su patrimonio (“reverse piercing”).²⁸

Doctrinalmente, en el arbitraje ya se ha llegado a una conclusión relativamente mayoritaria respecto a cuáles son los requisitos necesarios para el levantamiento del velo. Como señala Park, de país a país las doctrinas suelen aplicar conceptos analógicos en los que varían ciertas etiquetas y formulaciones (2009, pág. 16). Es decir, si bien los conceptos aplicados varían de jurisdicción a jurisdicción, los requisitos para levantar el velo societario para el convenio arbitral y para el contrato que lo contiene, esencialmente parecen ser los mismos.

La perforación del velo societario es la consecuencia jurídica de la acumulación de una serie de requisitos que, por lo general, consisten en: (i) un elemento de control o dominio de una persona sobre otra, y; (ii) un elemento de conducta de la parte que ejerce el control (fraude, defraudación o contrario a la buena fe).²⁹

A pesar de que se pueda establecer una idea general de los requisitos necesarios, aún existen ciertas oscuridades en el contenido e interpretación de estos requisitos. Como explica Kryvoi (2010, pág. 173-174), en la medida en que los requisitos y el aproximamiento en el análisis a seguir depende de cada ordenamiento, existe un problema de inconsistencia en la aplicación de la figura por parte de los operadores jurídicos y, en consecuencia, los pronunciamientos de tribunales arbitrales también son muy variados.

²⁸ “[...] there are tort versus contract cases, horizontal versus vertical piercing cases, reverse piercing cases, and triangular piercing cases.” (Marcantel, 2008, pág. 8)

²⁹ En opinión de Otazu, se debe presentar un tercer elemento: la insolvencia de la subsidiaria (2018, pág. 50). Esto pues para que realmente nos encontremos ante un escenario de injusticia, tendría que, cuanto menos, existir sospechas de la insolvencia o incapacidad de la subsidiaria para asumir el resultado del laudo.

Así, las inconsistencias se materializan en la aplicación en la práctica. Por ejemplo, si bien la doctrina puede ser pacífica en que se requiere dominio de una Controladora sobre la Controlada: ¿Qué situaciones acreditan este control? Actualmente, la respuesta es que depende de quién lo juzgue. Esto pues en la doctrina y jurisprudencia no existe un acuerdo sobre la interpretación de los requisitos aplicables. Podría ser el control accionario o el uso de los mismos órganos de control, dependencia operativa, etc. Las respuestas en la experiencia internacional no son uniformes respecto a las situaciones que acreditan el cumplimiento de un requisito, y es allí, donde se genera una falta de uniformidad que es relevante analizar.

En esta sección de la tesis nos dedicaremos al análisis de los requisitos aplicables para perforar el velo societario y a aclarar el método (los requisitos y estándares) que se debe seguir para levantar el velo en el arbitraje. Para dar una respuesta a ello, partiremos de la experiencia internacional a fin de encontrar respuestas a los requisitos y estándares que se deben aplicar para levantar el velo³⁰.

Ahora, se podría considerar que, en la medida en que el convenio arbitral y el contrato que lo contiene son dos actos jurídicos distintos, el método para levantar el velo societario podría ser distinto respecto del convenio arbitral del contrato que lo contiene. Ello, porque para el convenio arbitral, el levantamiento del velo aplicaría para reconocer la competencia del tribunal arbitral; y, para el contrato que lo contiene, el levantamiento del velo societario aplicaría para determinar que los demandados (Controlador y Sociedad Controlada) son igualmente responsables de las obligaciones contenidas en este.

Ante esta interrogante, en este capítulo demostraremos que el levantamiento de velo consiste en un solo método que aplica para los dos contratos. Ello pues, entre otras consideraciones, los operadores de la práctica arbitral no hacen referencia a requisitos distintos para un levantamiento del velo en el convenio arbitral y para un levantamiento del velo en el contrato que lo contiene y se basan en los mismos hechos.

A. Requisitos para el levantamiento del velo societario en el arbitraje

³⁰ El desarrollo y adopción de prácticas generalizadas genera usos uniformes en el arbitraje comercial internacional nos permite dar una respuesta eficiente a diferentes problemas que pueden surgir en la práctica (Bullard y Repetto, 2014). En este caso, consideramos que adoptar los requisitos y nociones desarrolladas con mayor uniformidad en el marco de los casos de la CCI nos permite dar una mejor respuesta a la incertidumbre sobre el contenido e interpretación de los requisitos para el levantamiento del velo societario en el arbitraje.

En esencia, la teoría del levantamiento del velo societario en la mayoría de las jurisdicciones consiste en que una parte domina, tan completamente los asuntos de otra, y ha abusado suficientemente de ese control para defraudar a su contraparte, que resulta apropiado desestimar las formas jurídicas separadas de los dos sujetos, y tratarlos como una sola entidad. Born (2021, pág. 1546) señala que en la mayoría de los sistemas jurídicos levantar el velo requiere pruebas de que: (i) una entidad domina las acciones cotidianas de otra; y/o, (ii) de que ejerce este poder para cometer fraude u otra injusticia o inequidad contra un tercero o para eludir obligaciones legales o de otro tipo.

Como desarrollamos en nuestra recapitulación del origen del levantamiento del velo societario, jueces y algunos expertos³¹ han considerado que es posible levantar el velo societario sobre la base del cumplimiento de ciertos *tests*³² o el cumplimiento excesivo de uno de los requisitos de ellos. Por ejemplo, ante un fraude evidente (sin requerir prueba de control) o un dominio total (sin que se pruebe una situación en la que se defraude al demandante).³³

Somos de la opinión de que el levantamiento del velo societario requiere de la presencia de dos requisitos concurrentes: uno de control (también denominado objetivo) y otro de conducta de defraudación o aprovechamiento (también denominado subjetivo).

Ello, pues el requisito de control sería el elemento que vincula al Controlador o a la Sociedad Controlada³⁴ con el convenio arbitral y con el contrato que lo contiene actuando mediante la instrumentalización de su controlada; y, toda vez que el control e involucramiento por parte de una Matriz o un Controlador es algo tolerado por la mayoría de ordenamientos, siendo la figura de la separación de personalidad y responsabilidad limitada la regla general, el requisito de “conducta que se aprovecha de dicho control para defraudar a otro” es el que hace intolerable no ignorar la ficción que separa las personalidades jurídicas.

³¹ Boldó (1997) y Marcantel (2008).

³² Por ejemplo, el two prong test o instrumentality test.

³³ En esa línea, Born (2021) explica que la mayoría de cortes estadounidenses han sostenido que para superar la presunción de que son entidades distintas es necesario demostrar: (a) el dominio de una subsidiaria, incluida la inobservancia de las formalidades corporativas, de tal forma que no tenga identidad o existencia separada, y (b) el uso indebido fraudulento o colusorio de ese control, o una conducta indebida equivalente, en perjuicio de otras partes. Señala, además, que en los casos de dominio o control total de las actividades cotidianas de una empresa por parte de otra, esto puede ser, en algunas circunstancias, suficiente para levantar el velo societario.

³⁴ En los supuestos de “reverse piercing”.

Ahora, si bien no existe uniformidad en el arbitraje internacional, en distintos casos administrados por la CCI se ha hecho un esfuerzo de uniformizar los requisitos y criterios para aplicar el levantamiento del velo societario. Así, los sucesivos casos de los tribunales arbitrales de la CCI sobre levantamiento del velo han conformado lo que se ha denominado como “principios internacionales sobre el levantamiento del velo” o “*lex mercatoria* respecto al levantamiento del velo”³⁵.

The author also submits that the weight of authority rejects these analyses, applying instead either international principles or general principles of law. This is also the approach which has been followed by some arbitral tribunals. For example, in ICC Award in Case no. 14208/14236, the tribunal concluded that the issue of piercing the corporate veil had to be decided by a transnational approach consisting of transnational principles derived from prior ICC awards. (Hanotiau, 2020, pág. 88)

El laudo del Caso CCI No. 8385 señaló que, si bien las circunstancias de los casos en los que se aplica el levantamiento del velo varían en cada caso, existen elementos que necesariamente aplican. Asimismo, se señaló que no hay duda de que la comunidad internacional ha desarrollado una regla para lidiar con el levantamiento del velo aplicando principios internacionales:

The decision whether the principle of piercing the corporate veil applies or not very much depends on the circumstances of each individual case. **Certain elements, however, are always necessary to apply this principle.**

[...]

There is not a single doubt that the international community has developed a rule to deal with this question. In numerous international litigations, international arbitral tribunals, applying international principles of law, have lifted the corporate veil. (Énfasis agregado).

Un primer aproximamiento se puede observar en los Casos CCI No. 14208 y 14236, en los cuales se señaló que **los principios internacionales sobre el levantamiento del velo consisten en lo siguiente:**

³⁵ “This is also confirmed by Yves Derains who submits that there is a *lex mercatoria* on piercing the corporate veil.” (Hanotiau, 2020, pág. 88)

425. As they result from the arbitral case law, **the transnational principles governing the issue of piercing the corporate veil are the following:**

- the existence of **complete control over the subsidiary by the dominant**

shareholder, the indicia of such control being in particular:

i. the insufficient capitalization of the subsidiary,

ii. confusion in the administration management and assets;

- the indicia must establish the **existence of a fraud, a wrong or an abuse of rights**, for example when the control and effective management of the subsidiary by the parent company contribute to compromise the financial situation of the subsidiary and to make any action against the subsidiary illusory or at least doubtful or are used to promote and protect the parent company's own interests at the costs of those who deal with the company. (Énfasis agregado)

De ello podemos extraer que, en el marco de los principios internacionales sobre levantamiento del velo, se requiere el cumplimiento de: (i) un requisito de control (caracterizado por una confusión en la administración y el manejo de activos); y, (ii) un requisito de conducta (caracterizado por la existencia de fraude, un actuar doloso o un abuso de derecho). A continuación, desarrollaremos los requisitos de conducta y de control con mayor profundidad.

1. Requisito de conducta

Comenzaremos nuestro análisis con el requisito de conducta. Ello pues este nos permite aclarar el enfoque con el que se debe conceptualizar el levantamiento del velo.

Como bien desarrollamos en los párrafos anteriores, el control no basta para levantar el velo societario. El control es algo tolerado por la mayoría de ordenamientos, siendo la figura de la separación de personalidad y responsabilidad limitada la regla general. Por ello se requiere también un requisito de conducta (reprochada por el derecho) para que aplique la consecuencia jurídica de desestimar la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada.

Como se puede apreciar en nuestro Capítulo I, cuando desarrollamos la figura del levantamiento del velo societario, se puede comprobar que se requiere la verificación de una

conducta reprochada por el ordenamiento, pero ¿en qué consiste esta conducta? ¿cómo se debe interpretar el estándar de este requisito? No existe una respuesta clara a estas interrogantes.

Por ello, en los siguientes párrafos definiremos un estándar más claro para este requisito.

Como bien se desprende de la definición de los citados principios en los casos CCI No. 14208 y 14236, en el arbitraje parecería ser que el estándar que se busca satisfacer es el siguiente:

Caso	Extracto
<p><i>Bridas S.A.P.I.C., Bridas Energy International, LTD., Intercontinental Oil and Gas Ventures, LTD., and Bridas Corp. v. Government of Turkmenistan, Concern Balkannebit Azsenagat and State Concern Turkmenneft</i> que fue emitido por el <i>United States Court of Appeals (Fifth Circuit)</i> (en adelante “Caso Bridas”)</p>	<p>"To prevail, Bridas had to demonstrate that the Government used its control over Turkmenneft to commit a “fraud or injustice” against Bridas.</p> <p>(...)</p> <p>this court explained that “fraud” may be required to pierce the corporate veil in contract cases, because the party seeking to utilize the doctrine has had the opportunity, during negotiations with a subsidiary, to obtain assurances of payment from its parent.</p> <p>(...)</p> <p>It is true that the standard for this equitable remedy should be more stringent in breach of contract cases, because the creditor has willingly transacted business with a subsidiary and, as here, forewent the opportunity to obtain a guarantee of Turkmenneft’s debts by the Government. The standard is met in this case, however, because Turkmenneft assumed full responsibility for its obligations under the joint venture. The Government, as Turkmenneft’s owner, made it impossible for the objectives of the joint venture to be carried out" (Énfasis agregado) (Bridas v. Government of Turkmenistan, 2006)</p>
<p>Caso CCI No. 11160</p>	<p>"Some of these exceptions concern cases in which a separate legal personality is created with an intention to violate the law, public order</p>

	or good faith, or to frustrate the rights of third parties. The need to avoid some form of legal fraud usually underlies these exceptions."
Caso CCI No. 25952/HBH (EPP)	"In the case under reference, the Sole Arbitrator considers that the parent — Mr. Williams — has committed something similar in nature to fraud or a sham , and that good faith requires that ABG's corporate veil be pierced".
Caso CCI No. 182751VR0/AGF	"As determined by New York courts, Claimant has the burden of proof to show that "(1) the owners exercised complete domination of the corporation in respect to the transaction attacked; and (2) that such domination was used to commit a fraud or wrong against the plaintiff which resulted in the plaintiff's injury""
Caso CCI No. 9517 (Laudo Parcial)	"The only exception is the hypothesis of fraud , for example when it is evident that the company which is a party to the arbitration agreement was intentionally and, therefore, fraudulently deprived of any substance or where a non-signatory owner of the group has entertained a total confusion between its various companies in the eyes of third parties and has used fraudulent manoeuvres to try to avoid being personally bound by its undertakings"

Como se puede apreciar de los casos citados, resulta consistente la conceptualización de esta conducta indebida como un “*fraud*”. Pero, ¿En qué consiste esto?

Black's Law Dictionar y (Third Pocket Edition) define este concepto como:

1. A knowing misrepresentation of the truth or concealment of a material fact to induce another to act to his or her detriment.

[...]

2. A misrepresentation made recklessly without belief in its truth to induce another person to act.

[...]

Also termed civil fraud. 4. Unconscionable dealing; esp., in contract law, the unfair use of the power arising out of the parties' relative positions and resulting in an unconscionable bargain. [...]

En esa línea, los profesores Cooter y Ullen señalan que “Fraud at common law requires a lie - a false assertion made with the intention to deceive” (2007, pág. 298). Los profesores explican que:

Si el beneficiario de la promesa la obtuvo por medio de mentiras, se excusará el incumplimiento de la promesa en razón de fraude. Por ejemplo, el vendedor del "método seguro para exterminar saltamontes" defraudó al agricultor. El fraude viola la obligación negativa de no informar mal a la otra parte de un contrato. Además de esta obligación negativa, las partes tienen a veces la obligación afirmativa de revelar la información. (Cooter y Ullen, 2008, pág. 323)

Consideramos que la traducción más fiel de este concepto al español yace en la palabra “defraudar”, como la define la Real Academia Española (2023):

Defraudar.

(Del lat. *defraudāre*).

1. tr. Privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho.
2. tr. Frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o en algo.
3. tr. Eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones.

Ahora, los conceptos no pueden entenderse de forma aislada y alejados de su contexto, lo mismo aplica para el estándar de “*fraud*” que no es uniforme y se puede entender de diferentes formas tanto en contextos³⁶ como en cada ordenamiento. En ese sentido, y en la medida en que el desarrollo del contenido de este concepto se ubica en el contexto de los principios internacionales para el levantamiento del velo o la *lex mercatoria* respecto al levantamiento del

³⁶ De hecho, el fraude civil -diferente del fraude bajo el derecho penal- se relaciona también con la noción de mala fe, reflejando una intención fraudulenta o un acto realizado con la intención de perjudicar obligaciones que deben respetarse o de eludir una norma estatal. Este último caso corresponde a la conocida hipótesis del fraude a la ley, pero el fraude también puede tener por objeto una norma de origen contractual. (Martay, 2020, pág. 3)

velo, somos de la opinión de que una respuesta uniforme del estándar nace de la definición de “*fraud*” bajo los principios internacionales³⁷.

Siendo ello así, corresponde remitirnos a los Principios UNIDROIT que son precisamente principios internacionales en el marco de la *lex mercatoria*:

78. For some legal theorists, the **UNIDROIT Principles are considered as the centerpiece in the debate on lex mercatoria**. Others consider them a **codification of general principles and the lex mercatoria**. In fact, this was an intended use of the Principles as contemplated by their drafters, who anticipated that they would be used by judges or arbitrators called upon to make determinations based on indefinite “**international uses or customs**” or “**general international commercial principles.**” (Moreno, 2019, pág. 30) (Énfasis agregado)

Como bien señala Brödermann (2023), en las tres últimas décadas, una impresionante cantidad de laudos arbitrales han aplicado los Principios UNIDROIT como principios generales del derecho, ya sea de forma autónoma o como complemento de instrumentos internacionales o de la legislación nacional.

Y es que los árbitros necesitan herramientas para resolver el fondo de un litigio contractual de una manera que sea a la vez eficaz y percibida como justa. En situaciones en las que no hay claridad respecto de la ley aplicable o cuando la ley aplicable sea antigua y no aporte una solución a la cuestión del contrato que nos ocupa, los Principios UNIDROIT son extremadamente útiles. (Brödermann, 2023)

Los Principios de UNIDROIT son compatibles con todas las legislaciones nacionales pues, además de respetar la autonomía de las partes, también exigen que las partes observen las leyes imperativas aplicables. Así, dentro de estos parámetros, los Principios UNIDROIT ofrecen principios y reglas por defecto que pueden resultar extremadamente útiles en el contexto de un arbitraje internacional. (Brödermann, 2023)

³⁷ “Los Tribunales arbitrales han encontrado un número grande de justificaciones -ya generalmente aceptadas- para reconocer esta excepción, aunque no había una norma explícita que autorizaba la extensión del arbitraje: la existencia de terceros beneficiarios o perjudicados; la representación tácita (mandat apparent); el estoppel; la aceptación tácita; etc. **Los juristas que se adhieren a la lex mercatoria (idiosincracia, usos y costumbres del mercado) han estado entre los más entusiastas para introducir en el arbitraje a no signatarios en aras de la buena fe comercial, que es la base de la seguridad recíproca y, consecuentemente, del desarrollo del mercado y de los negocios.**” (De Trazegnies, 2012, pág. 108) (Énfasis agregado)

Entonces, ¿qué se entiende por *fraud* bajo los Principios UNIDROIT?

ARTICLE 3.2.5 (Fraud)	ARTÍCULO 3.2.5 (Dolo)
<p>"A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract <u>by the other party's fraudulent representation, including language or practices, or fraudulent non-disclosure of circumstances which, according to reasonable commercial standards of fair dealing, the latter party should have disclosed.</u>" (Énfasis agregado)</p>	<p>"Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante <u>maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.</u>" (Énfasis agregado)</p>

Y es que, al parecer, el contenido del “*fraud*” bajo los principios internacionales resulta ser el de una omisión o a una declaración que tenga por efecto inducir a error a la otra parte o falsear la verdad con el fin de eludir una norma (es decir, intencional o dolosa).

Ello es consistente con lo señalado por Martay (2020, pág. 5) respecto a la definición de *fraud* en el arbitraje internacional:

En el arbitraje internacional, la definición de fraude dependerá naturalmente de la ley aplicable, por referencia a la aplicable al fondo o a la ley de la sede, según el contexto. **En términos generales, sin embargo, el fraude puede definirse como cualquier reclamación basada en una omisión o declaración que tenga como efecto engañar a la otra parte o distorsionar la verdad con el fin de eludir una norma,** y debe recordarse que el fraude está destinado a aplicarse tanto en materia contractual como extracontractual. (Énfasis agregado) (Traducción libre)

Esto es, una omisión o a una declaración que tenga por efecto inducir a error a la otra parte o falsear la verdad con el fin de eludir una obligación contractual. Ello, a su vez coincide con la definición de la palabra “defraudar” antes desarrollada.

Esto tiene sentido, pues en esos casos el engaño se produciría antes de la celebración del contrato (Smith, 2008, pág. 1181). Como concluyó el *United States Court of Appeals (Fifth Circuit)* en el Caso Bidas, si no fuera así, la parte que busca aplicar el remedio habría tenido la oportunidad, en las negociaciones con la empresa dominada, de involucrar a su controladora para asegurar el pago de la contraprestación o solicitar alguna garantía:

It is true that the standard for this equitable remedy should be more stringent in breach of contract cases, because the creditor has willingly transacted business with a subsidiary and, as here, forewent the opportunity to obtain a guarantee of Turkmenneft's debts by the Government. The standard is met in this case, however, because Turkmenneft assumed full responsibility for its obligations under the joint venture. The Government, as Turkmenneft's owner, made it impossible for the objectives of the joint venture to be carried out. (Bidas S.A.P.I.C., *et al*, v. Government of Turkmenistan and Turkmenneft, ICC Case No 9058/FMS/KGA - Decision of the US Court of Appeals on the Enforcement of the Award).

Ello, puesto a que los casos de la CCI desarrollados previamente prevén una situación de abuso o defraudación que resultan contrarios a la equidad, pues como podemos advertir de los Casos CCI No. 14208 y 14236:

427. We also note from the analysis of the case law relating to the [State Y] approach to piercing the veil that it is not dissimilar to the principles enunciated above: the veil may be pierced when one company dominates another such that the relationship is equivalent to that of principal/ agent; or a company utilizes its subsidiary in an **inequitable, abusive, fraudulent or similarly unfair manner**. **Fraud is not a prerequisite.**

428. Here, **fraud has not been pleaded and indeed, there is no evidence whatsoever of any fraudulent conduct** by [the Parent Company]. The issue is rather whether [the Parent Company] has **abused [the Contractor]'s corporate structure**. (Énfasis agregado)

Como se puede advertir, en los siguientes casos se ha considerado el concepto de “*fraud*” en ese sentido (como aquel de defraudación o engaño definido en estos párrafos):

Caso	Extracto
<p>Caso CCI No. 9517 (Laudo Parcial)</p>	<p>"[...] The only exception is the hypothesis of fraud, for example when it is evident that the company which is a party to the arbitration agreement was intentionally and, therefore, fraudulently deprived of any substance or where a non-signatory owner of the group has entertained a total confusion between its various companies in the eyes of third parties and has used fraudulent manoeuvres to try to avoid being personally bound by its undertakings"</p>
<p>Caso CCI No. 10758 (Laudo Final)</p>	<p>"The extension of an arbitration agreement to a non-signatory is not a mere question of corporate structure or control, but rather one of the non-signatory's participation in the negotiation, execution or performance of the contract, or its conduct (including express or implied representations or bad faith), towards the party that seeks the non-signatory's inclusion in (or exclusion from) the arbitration. It is from this participation in the contract or conduct towards the other party that the Arbitral Tribunal can infer "... the mutual intention of all parties ..." that has been recognized in many awards. [...]</p> <p>Accordingly, where a corporate structure is being used in bad faith as an instrument of deliberate concealment or confusion, or to defeat a possible award against the named party to an arbitration agreement, then the Arbitral Tribunal might be justified in lifting the corporate veil."</p>
<p>Caso CCI No. 25952/HBH (EPP)</p>	<p>"323. In the case under reference, the Sole Arbitrator considers that the parent — Mr. Williams —. has committed something similar in nature to fraud or a sham, and that good faith requires that ABG's corporate veil be pierced.</p> <p>324. In this respect, the Sole Arbitrator recalls that: (i) Mr. Williams introduced ABG into the framework of the Appearance Engagement right at the execution of the contract, with no mention having been made of this entity before; (ii) entered into settlement discussions for ABG with PFN, agreeing to the return of 50% of the Deposit, and then falsely represented to PFN that ABG had returned such amount;</p>

	<p>(iii) subsequently falsely represented to PFN that a settlement agreement had been entered into, whereby PFN agreed for ABG to forfeit the entirety of the Deposit, in order to escape liability; and (iv) attempted to make use of an inauthentic settlement agreement (Exhibit R-2) in these arbitration proceedings, again, in order to escape liability.</p> <p>[...]</p> <p>In other words, PFN's difficulties in obtaining the reimbursement of the Deposit are entirely of Mr. Williams' own doing and part of his efforts to escape liability. Mr. Williams introduced ABG as a party to the Appearance Engagement and then consistently acted as if he and ABG were one and the same. During this time, ABG ceased to be in good standing and to have a working address. Moreover, Mr. Williams did not hesitate to make false representations and to use inauthentic evidence in these proceedings in order to evade liability. Mr. Williams should not be rewarded for this conduct by enforcing now the legal separateness of ABG, when Mr. Williams consistently disregarded such separateness before, during and after the Appearance Engagement. Conversely, PFN should not be punished for having trusted that ABG would be more than an empty shell and for trusting Mr. Williams to run ABG as a normal company (Énfasis agregado)."</p>
<p>Caso CCI No. 14208 y 14236</p>	<p>"421. Is this sufficient to conclude that [the Parent Company] has impliedly consented to the Contract or its arbitration clause? As Professor [C] has rightly pointed out in his first opinion: "a differentiation must be made between evidence which reveals only the effective existence of a group of companies and evidence, the existence of which tends to give credit to the involvement of [the Parent Company] in the performance of the Contract or the creation of a misleading appearance."</p>

Ahora bien, existe otro supuesto que habilita el cumplimiento de este requisito de conducta: cuando el Controlador hace imposible restituir la situación de la contraparte contractual

mediante los remedios previstos en este, como se puede observar en los casos CCI No. 9517 y CCI No. 10758.

En este supuesto no estamos necesariamente ante un caso que evidencie un engaño durante o previo a la celebración del contrato, sino -en palabras del Caso Bidas- ante un ““illegal act” or “[misuse of] the corporate form.”” (Bidas, 2006, pág. 8). Pero, ¿qué implica esto?

Al igual que en el concepto antes desarrollado, consideramos que debemos referirnos a los Principios UNIDROIT. En este contexto el concepto de buena fe está estrechamente relacionado a la noción de defraudación antes definida y, de hecho, el concepto de buena fe está reconocido en la mayoría de ordenamientos jurídicos siendo comprendido de manera uniforme en los Principios UNIDROIT:

ARTÍCULO 1.7

(Buena fe y lealtad negocial)

- (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
- (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Como se puede advertir, este principio de buena fe tiene carácter imperativo y no puede ser limitado ni renunciado³⁸. Más allá de ello, resulta interesante revisar el comentario de este artículo de los principios.

En este comentario se comprende el concepto de abuso de derecho derivado del principio de buena fe. Respecto a este, el comentario señala que:

Un ejemplo típico de comportamiento en contra del principio de buena fe y lealtad negocial es lo que en algunos sistemas jurídicos se conoce como “abuso de derecho”. Se caracteriza por el malicioso comportamiento de una parte que acontece, por ejemplo, cuando **se ejerce un derecho solamente para dañar a la otra parte o con un propósito diverso para el cual fue otorgado, o cuando el ejercicio del derecho es desproporcionado a**

³⁸ 4. Carácter imperativo del principio de buena fe y lealtad negocial

El deber de las partes de conducirse de acuerdo a la buena fe y con lealtad negocial es de importancia fundamental; tanto es así que las partes no pueden excluirlo o limitarlo párrafo (2). (Comentarios al artículo 1.7 Principios UNIDROIT).

la intención original del resultado esperado. (art. 1.7 Principios UNIDROIT) (énfasis añadido)

Esta definición resulta bastante adecuada a lo que en el contexto del Caso Bidas se nos presenta como un acto ilegal o un uso indebido de la forma corporativa. Podemos ver que este es un uso indebido de la Sociedad Controlada o con un propósito distinto a su intención original.

En ese sentido, podemos estar de acuerdo que este caso alternativo al engaño previo o al momento de la celebración del contrato sería el supuesto en el que se utilizó la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada de la Sociedad Controlada para un propósito distinto para el que fue constituido (en abuso de derecho³⁹): hacer imposible restituir la situación de su contraparte contractual.

Algunos ejemplos en los que la Controladora hace imposible la restitución de la situación de la parte que solicita la aplicación del levantamiento del velo societario son, pero no se limitana, los siguientes:

- Cuando los flujos que debería recibir la controlada como contraprestación o frutos se dirigen íntegramente a la matriz o controladora.
- Cuando se hace un traspaso de activos u operaciones a su controladora o a otra empresa vinculada sin motivo comercial aparente.
- Cuando la subsidiaria deja de tener una dirección corporativa y deviene en infracapitalización derivada de la absorción de flujos por parte de la matriz.

En ese sentido, podemos resumir nuestro planteamiento de cuando se cumple el requisito de conducta en el siguiente cuadro:

Supuestos que cumplen el estándar	Ejemplo
Omisión o una declaración que tenga por efecto inducir a error a la otra parte o	Caso CCI No. 25952/HBH (EPP)

³⁹ "Where the principle is being used to include a reluctant controller, piercing the corporate veil will be closely related to situations of abuse of rights." (Waincymer, 2012, pág. 529)

falsear la verdad con el fin de eludir una norma u obligación.	
Cuando la Matriz o Controladora haya realizado acciones para hacer imposible la restitución de la situación de la parte que solicita levantar el velo.	Caso Bidas

2. Requisito de control

El requisito de control es un punto de partida necesario pues, en la medida en que el levantamiento del velo societario permite revelar la realidad que se distorsiona a partir del uso indebido o fraudulento de la personalidad jurídica, es necesario probar que es en realidad un sujeto controlador el que está instrumentalizando a una persona jurídica controlada.

Como se señaló en el Caso Bidas, “courts must be “concerned with reality and not form”” y, es en ese sentido, que debemos entender el cumplimiento de este requisito: que en los hechos se demuestre que si bien la Sociedad Controlada existe, se trata realmente de la Controladora quien toma las decisiones.

La experiencia arbitral determina que para los casos de levantamiento del velo se ha exigido pruebas convincentes del hecho de coincidencia en la titularidad y la gestión de una compañía y la participación en la negociación y ejecución del contrato, así como pruebas de que la empresa controladora participa en las transacciones en cuestión.⁴⁰ (Born, 2021, pág. 1553-1554)

En ese sentido, para poder identificar situaciones en las que nos encontramos frente a un control o dominio de este tipo, la doctrina y jurisprudencia han desarrollado una serie de puntos que son pertinentes identificar:

No.	Indicio	Caso	Categoría ⁴¹
-----	---------	------	-------------------------

⁴⁰ Elementos como el uso de un logotipo, marca o marca comercial común no suele ser un factor decisivo en el análisis, como tampoco lo es el mero hecho de que se coincidan los consejos de administración o de supervisión o que se compartan empleados.

⁴¹ El caso Bidas distingue estas características entre factores de formalidad (Formalities factors), factores operativos (Operational factors) y factores financieros (Finances factors)

1	Incumplimiento de las formalidades corporativas	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores de Formalidad
2	Capitalización inadecuada	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores Financieros
3	Mezcla de fondos	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores Financieros
4	Superposición en la propiedad o en la titularidad de acciones	Caso Bidas	Factores de Formalidad
5	Coincidencia de funcionarios	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores de Formalidad
6	Coincidencia de directores	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores de Formalidad
7	Coincidencia de personal	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores Operativos
8	Oficinas comunes	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores de Formalidad
9	Domicilio común	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores de Formalidad
10	Coincidencia en los números de teléfono de las empresas	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores Operativos
11	El grado de discreción mostrado por la empresa supuestamente dominada	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores Operativos
12	Condiciones en las que se llevan a cabo las relaciones entre las entidades (condiciones de mercado)	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores Operativos
13	Comportamiento de las empresas como centros de beneficios independientes	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores Operativos
14	Pago o garantía de las deudas de la sociedad por parte de la entidad dominante	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores Financieros

15	Presentación estados financieros consolidados entre una sociedad matriz y su subsidiaria	Caso Bidas	Factores Financieros
16	Entremezcla de bienes entre las entidades	Caso CCI No. 182751VR0/AGF	Factores de Formalidad
17	Financiamiento de la Controladora a la Controlada	Caso Bidas	Factores Financieros
18	Constitución de la sociedad controlada promovida por su Controladora	Caso Bidas	Factores de Formalidad
19	Pago de los salarios y otros gastos de la Controlada por parte de la Controladora	Caso Bidas	Factores Operativos
20	Si la subsidiaria no recibe más negocio que el que le da la matriz	Caso Bidas	Factores Operativos
21	Uso por parte de la Controladora de la propiedad de la Controlada como propia	Caso Bidas	Factores Operativos
22	Las operaciones diarias de las dos empresas (Matriz y Subsidiaria) no se mantienen separadas	Caso Bidas	Factores Operativos
23	Los directivos de la sociedad controlada actúan en interés primario e independiente de la Controladora.	Caso Bidas	Factores Operativos
24	No pago de dividendos	Caso CCI No. 25952/HBH (EPP)	Factores Operativos
25	Desvío de fondos de la sociedad por parte de la entidad dominante	Caso CCI No. 25952/HBH (EPP)	Factores Financieros
26	Ausencia de registros corporativos	Caso CCI No. 25952/HBH (EPP)	Factores de Formalidad

27	El ordenamiento jurídico considera a la entidad como un brazo del Estado	Caso Bidas	Factores con Empresas o Entidades Estatales
28	La fuente de financiamiento de la entidad proviene del Estado	Caso Bidas	
29	El grado de autonomía local de la Entidad	Caso Bidas	
30	La Entidad se ocupa principalmente de problemas locales, en contraposición a los de ámbito estatal	Caso Bidas	
31	La entidad está facultada para demandar y ser demandada en su propio nombre	Caso Bidas	
32	La entidad tiene derecho a poseer y utilizar la propiedad	Caso Bidas	

Sin embargo, ninguno de estos elementos por sí solos definen el control y, de los casos revisados, tampoco existe una fórmula que determine cuándo existiría el control o dominio tal suficiente para levantar el velo. No existe un estándar claro.⁴²

El tribunal arbitral del Caso CCI No. 182751VR0/AGF ha señalado que se requiere un control o dominio absoluto y no solo una oportunidad de ejercer control y solicitó que se evidencie cómo han operado las compañías tal que se demuestre este control:

63. The Tribunal accepts the uncontroverted evidence that ES Ltd and ES-Brazil overlap in their shareholders, officers and lawyers; that Marco Garib shifted between his roles in ES Ltd and ES-Brazil; and that **Claimant employees believed that they were negotiating with a single entity and that any distinctions were mere formalities.**

⁴² Por ejemplo, las transacciones entre las empresas son un indicio importante del control que puede ejercer un controlador pudiendo demostrar que se desvían fondos de una entidad corporativa a otra. No obstante, las transacciones entre empresas son legítimas y habituales y, cuando se realizan entre una empresa y otra con una participación significativa o incluso mayoritaria en la primera, no sugieren necesariamente un control indebido o que las partes no hayan respetado sus identidades corporativas separadas. Con solo el elemento de las transacciones de las empresas puede que no sea suficiente para establecer el control, pero si agregamos que las transacciones no se hacen en condiciones de mercado y que los flujos que recibía la controlada ahora únicamente son recibidos por la controladora, la situación se pinta de un color distinto.

Additionally, the 16 February 2006 letter in which **Marco Garib** requests that all contracts with i-flex solutions be entered and "routed through EverSystems Ltd, Bermuda" and the email communications between Viviane Limongi, the Secretariat and Claimants on behalf of "EverSystems" on 4 and 6 January 2012 indicate that ES Ltd and ES-Brazil did not strictly follow corporate formalities or clearly hold themselves out as distinct entities.

64. These facts, however, are **insufficient to support Claimant's argument that the corporate veil should be pierced** because ES Ltd and ES-Brazil are one entity, operating under the complete domination of Marco Garib. New York courts **require that the party show "actual domination, rather than the opportunity to exercise control."**

65. Mr. Garib's ability to negotiate and sign as the head of both ES Ltd and ESBrazil, and request that ES Ltd sign the agreement merely for tax purposes **does not show that he had "total power". Claimant falls short of proving complete domination. It failed to provide evidence of how ES Ltd and ES-Brazil "actually operated"**.

66. In particular, Claimant does not address facts which undermine the alter ego argument and Marco Garib's domination, including **ES Ltd and ES-Brazil's distinct corporate addresses; the existence of ES Ltd's other subsidiaries; and the additional shareholder, Julio Bozano, holding a 49% share of ES Ltd**: Claimant also attempts to shift its burden of proof to Respondents by submitting that there is no evidence that ES-Brazil exercised independent business discretion.'

[...]

71. Claimant contends that it did not believe that the signing of the Agreement by ES Ltd would "in any way [affect] its right to full legal recourse against ES-Brazil in the event of a breach by EverSystems." However, **Claimant is a sophisticated business party that should be well aware of the general rule that corporations are distinct legal entities. An important and permissible reason for creating separate legal personalities is to avoid or manage the business risk associated with legal liability.** In this context, therefore, it would not be fair or appropriate to treat ESBrazil as an alter ego and bind it to the Agreement. (Énfasis agregado)

Si bien consideramos que el tribunal arbitral hizo bien al solicitar al demandante que demostrara cómo operaban en la realidad las compañías demandadas, pues si no se puede

explicar cómo las compañías actuaban como una sola o como una instrumentalizaba a la otra sin posibilidad de decidir algo distinto, no existiría fundamento para señalar que existía control; consideramos que ciertos puntos del análisis son excesivos. Ello pues, se pudo estar anteponiendo la forma a la sustancia de la relación en lo que respecta a la transacción.

El tribunal arbitral de este caso se ha concentrado en que no haya objeciones sobre el incumplimiento de las formalidades corporativas, por lo que los indicios de separación entre la Sociedad Controlada y la Controladora fueron tomadas en cuenta para señalar que no se habría cumplido con el requisito de control. Consideramos que el “dominio absoluto” no consiste en que se incumplan todas y cada una de las formalidades corporativas o se cumplan los indicios que listamos en los párrafos anteriores, sino que en la realidad se pueda demostrar y generar convicción en el tribunal arbitral de que las compañías actuaban como una sola o que una dominaba completamente a la otra para fines de poder cumplir con el requisito de conducta.

Si bien la doctrina y jurisprudencia se han decantado por señalar que se debe probar un “dominio absoluto”, **consideramos que la idea que subyace a dicho concepto es que en la práctica se trate de un accionista controlador o sociedad matriz la que lleve a cabo todas las decisiones.** Esto pues, como vimos en el punto anterior, bajo el requisito de conducta, se requiere que: (i) se defraude o engañe al que quiere aplicar el levantamiento del velo antes o durante la celebración del contrato; o, (ii) que el controlador haga imposible la restitución de la situación de la parte que solicita levantar el velo.

Las situaciones descritas, naturalmente, suceden cuando, por ejemplo, se tiene un control tal que:

- (i) la Controlada actúa como el *alter ego*⁴³ de la Controladora sin el menor respeto a las formalidades corporativas posibilitando que se pueda engañar a quien celebra con esta (p.e. cuando solo es una sociedad en papel),
- (ii) se puede utilizar dicho control para engañar a quien celebra con esta (p.e. cuando se promete que la Controlada tendrá las condiciones para llevar a cabo el negocio y se engaña haciendo que se celebre con esta⁴⁴); o,

⁴³ Como desarrollamos en el Capítulo I, el concepto del “alter ego” es una metáfora que hace alusión a una intolerable relación de proximidad entre dos sociedades (una dominante y otra dominada, o matriz y subsidiaria).

⁴⁴ Como se puede apreciar en el caso CCI No. 25952/HHB (EPP).

- (iii) la matriz puede realizar acciones en la subsidiaria (que hasta podrían ir contra su propio negocio o fin) para hacer imposible restituir la situación del perjudicado.

Ello hace sentido cuando revisamos cuándo es que estaríamos ante un caso de levantamiento de velo societario (conforme al requisito conductual antes desarrollado):

1. Cuando estamos ante un engaño previo. En esta situación, si se requeriría demostrar que estamos ante un control o dominio tal que son indistinguibles o era razonable caer en el engaño de la controladora.
2. Cuando estamos ante una situación en la cual la Controladora ha llevado a cabo una serie de acciones por las cuales ha dejado sin remedios a la demandante. En esta situación, la demostración de que la Controladora ha podido realizar las acciones por las cuales ha dejado sin remedio disponible a la demandante, sería la propia prueba del control que ejerce.

El hecho de tener claro el requisito de conducta que se debe cumplir en la fórmula para levantar el velo, hace que resulte más fácil determinar las características del “dominio absoluto” que se debe tener sobre la Sociedad Controlada para levantar el velo. Y es que **no cualquier tipo de dominio permite que se utilice a una Sociedad Controlada para engañar a un socio comercial y no cualquier dominio permite que se deje en tal estado a una Controlada como para volver inútil cualquier recurso que se pueda plantear contra ella.**

No debemos olvidar que no es inusual que los Controladores se involucren en los asuntos de sus Controladas. Por ejemplo, la supervisión de las decisiones de una subsidiaria y su desempeño en sus actividades comerciales es de interés de su matriz. Por ello, para levantar el velo societario, consideramos que el comportamiento de la Controladora se debe alejar de lo que sería el estándar comercial de control que ejerce una Matriz conforme a la búsqueda de eficiencia y correcto manejo de sus negocios.

Con relación a lo anterior, Park (2014), por ejemplo, nos explica que la forma corporativa presume que los accionistas reciben ganancias sólo a través de dividendos legítimos y/o por el aumento del valor de acciones. Cuando un accionista controlador absorbe los flujos que se

deberían dirigir a la compañía o se apodera de activos, se podría considerar que está ejerciendo un control fuera del estándar comercial⁴⁵.

Así, consideramos útiles las categorías planteadas en el cuadro precedente, pues pueden facilitar la construcción de una narrativa que pruebe que se cumplía con el estándar de control o no, sobre la base de: (i) cumplimiento de las formalidades corporativas de la sociedad controlada, (ii) la independencia operativa; y, (iii) la independencia financiera que mostraba en sus actividades. Ello facilita la construcción y discusión de este punto, porque -como se pudo advertir- lo importante es poder demostrar cómo funcionaban las compañías en la realidad y cómo se manifestaba el “dominio absoluto” en cada caso.

Algunos ejemplos que podrían resultar ilustrativos son los siguientes:

- Cuando una compañía no cumple con formalidades corporativas, no muestra independencia operativa siendo que las operaciones del día a día las lleva el controlador y no se muestra una esfera patrimonial distinta al controlador, siendo que este financia las operaciones que serían de la subsidiaria (independencia financiera), prácticamente nos encontramos con una sociedad que existe solo en papel.

En estos casos, de cumplirse con el requisito conductual que supondría haber engañado a la contraparte para llevar a cabo negocios con esta, podríamos estar en un supuesto en el que se debería levantar el velo.

- Cuando una compañía muestra indicios de que existe una falta de independencia operativa (comparten los mismos trabajadores, mantienen los mismos teléfonos y dirección; y, utilizan la propiedad de la otra como si fuera suya), formalidades corporativas que demostrarían control como mayoría absoluta en el accionariado y control de los órganos de decisión.

⁴⁵ Un ejemplo que puede resultar ilustrativo es que el abuso de derecho en la creación de una persona jurídica se sanciona en el ámbito de las disputas de inversión bajo la figura de “abuso del proceso” con la finalidad de denegar jurisdicción sobre aquellos reclamos presentados por un inversionista que modificó su estructura accionarial con la única finalidad de ampararse en la protección de algún tratado. En estos análisis se valora que aquella reestructuración accionarial no responda a incentivos comerciales.

Se cumplirá con el estándar de control para levantar el velo cuando se demuestre que en la realidad es un accionista controlador o sociedad matriz la que lleva a cabo las decisiones sin que exista la voluntad de la Controlada de decidir algo distinto.

Dominio que se puede demostrar cuando se acredita que:

- Existen injerencias de la Controladora en la Controlada que se alejan del estándar comercial de control de una compañía; y,
- Dicho control: (i) permite que se utilice a una sociedad para engañar a un socio comercial; y/o, (ii) permite que se deje en tal estado a una Sociedad Controlada o la Controladora como para volver inútil cualquier recurso que se pueda plantear contra ella.

3. Sobre la excepcionalidad o residualidad del levantamiento del velo societario

Ahora, el levantamiento del velo societario, desde su origen, se ha aplicado cuando no ha existido otro remedio para restituir el daño causado por la defraudación generada en otro sujeto derivado del control absoluto de una persona jurídica. Recogiendo lo planteado por Oh (2013), el levantamiento del velo nace como un remedio de equidad en un contexto donde no había otro recurso disponible para aquel que había sido defraudado mediante el abuso de la personalidad jurídica (pág, 113). Es decir, aplica para evitar un escenario de injusticia que se concretaría de no ser aplicado.

En esta línea Born (2021, pág. 1550) ha señalado que: “Many U.S. courts have also held that **piercing the corporate veil is an exceptional action, in both international and other contexts**, requiring persuasive evidence to overcome the separate corporate identities of the parties.” (Énfasis agregado) y Vega (2020) considera que si bien la doctrina no ha reconocido esta característica como un requisito, se debería tomar en consideración en el análisis del levantamiento del velo societario.

Pese a que coincidimos con la afirmación de que en los casos judiciales revisados en nuestro marco teórico el levantamiento del velo se ha expresado como un remedio excepcional, **consideramos que esta es una característica, más no realmente un requisito.**

De la revisión de los requisitos de control y de conducta desarrollados, podemos verificar que los casos que cumplirían los supuestos de la fórmula para levantar el velo societario son -en los

hechos- muy excepcionales por sí mismos. Las situaciones en las que se ha levantado el velo societario son excepcionales, ya que no es común que exista tal control o se llegue a manifestar tal situación de injusticia en la práctica. Los escenarios en los que se cumplen las condiciones fácticas son realmente excepcionales. Por ello, la “excepcionalidad” es una característica del levantamiento del velo, mas no un requisito para que se aplique.

Consideramos que, de sustentarlo como requisito, se presentaría un problema para la determinación de competencia del tribunal arbitral. Ello, pues no es posible condicionar la competencia del tribunal arbitral a que no existan remedios adecuados en el fondo.

En el arbitraje podemos confirmar que, de la línea de casos desarrollados por la CCI y sus “principios internacionales”, una supuesta residualidad no es requerida.

En consecuencia, una vez se verifique el cumplimiento de los dos requisitos desarrollados en este Capítulo, el tribunal arbitral estaría en aptitud de levantar el velo societario respecto de los demandados (Controlador/es y Controlado/s), no siendo necesario para ello un análisis de “residualidad” de la figura.

B. Se aplica un mismo método para el levantamiento del velo societario en el contrato y su convenio arbitral

El análisis efectuado en el Acápito A de este Capítulo sobre los requisitos aplicables al levantamiento del velo societario no hace una distinción entre: requisitos para la aplicación del levantamiento del velo societario respecto del contrato y requisitos para la aplicación respecto de su convenio arbitral. Este trabajo no pretende desarrollar requisitos distintos para estos dos contratos, pues “en la práctica, los requisitos que justifican la aplicación del levantamiento del velo jurisdiccional son los mismos que justifican el levantamiento del velo societario sobre el fondo.” (Vega, 2020).

Como podemos apreciar en el Caso Bidas, no se hace una distinción entre los requisitos y los estándares para levantar el velo para atribuir responsabilidad y para determinar la competencia

del tribunal arbitral sobre el controlador⁴⁶. Se aplica la misma fórmula para el levantamiento que aplica para la vinculación de las partes al convenio arbitral y al contrato que lo contiene.

Halla (2018), explica que, en un caso ante la *United States Court of Appeals, Second Circuit*, para determinar si se debía levantar el velo societario y confirmar que el demandado sería una mera marioneta de su empresa matriz por lo que dicha empresa matriz también debía estar obligada por el convenio arbitral, se aplicó un mismo *test* para el levantamiento del velo societario respecto del contrato y su convenio arbitral: “The court generally admitted this hypothesis to be applicable also to arbitration setting and provided **for a three prong test which justifies lifting of the corporate veil and arbitral extension**” (Halla, 2018, pág. 68) (Énfasis agregado).

El mismo autor describió un arbitraje *ad hoc* con sede en suiza, en el que un tribunal suizo:

[...] pointed to similar elements as US courts, namely, (1) full functional control which led to (2) disadvantage to a third party with (3) a malicious intent. As the arbitrators found the fact pattern "shocking", proving extreme abuse of the daughter company, **they lifted the veil and extended arbitration over the mother company**. (Halla, 2018, pág. 70) (Énfasis agregado).

Adicionalmente, la Corte Suprema Federal de Suiza en el Caso 4A_160/2009 señaló que, si un demandante puede, mediante el levantamiento del velo societario, dirigir un reclamo contractual hacia el accionista mayoritario, todos los derechos y obligaciones del contrato, incluida la cláusula de arbitraje, pasan a ser vinculantes para el accionista. Por lo tanto, según la Corte Suprema Federal Suiza, la cláusula de arbitraje también era vinculante para el accionista.

Al igual que en los casos anteriores, la Corte no hizo distinción entre los requisitos y estándares del levantamiento del velo societario para el convenio arbitral y para el contrato. Al verificar los mismos presupuestos, en ambos contratos, para levantar el velo, señaló que el Controlador estaba obligado por los derechos y obligaciones del contrato incluido su convenio arbitral.

⁴⁶ Como también se puede apreciar en la Opinión disidente del Primer Laudo Parcial del Caso CCI No. 9058/FMS/KGA: “65. Similarly, if *lex mercatoria* on piercing the corporate veil were to be regarded applicable, there would appear insufficient grounds for holding the Government bound by the Joint Venture Agreement and its arbitration clause.” se habla de los efectos en el contrato y su convenio arbitral a la vez.

Parte de la doctrina sobre la materia ha señalado que el levantamiento del velo societario en el arbitraje requiere de un “doble examen”, pues el levantamiento del velo societario sirve para confirmar la competencia del tribunal arbitral y, en el fondo, determinar quienes son los responsables por las obligaciones del contrato (Bullard, 2012, pág. 36). Al respecto, no negamos la posibilidad y necesidad de que se haga un análisis para el convenio arbitral y otro para el fondo⁴⁷; sin embargo, precisamos que, tanto para determinar la competencia como para definir la responsabilidad solidaria en el fondo, se deberá seguir un mismo método para levantar el velo societario.

Es decir, la verificación de los requisitos de control y de conducta habilitan al árbitro a: (i) levantar el velo en el convenio arbitral y confirmar su competencia; y, (ii) levantar el velo en el contrato y considerar a las partes igualmente responsables de las obligaciones de éste.

Ello se ha manifestado en el Perú en un arbitraje iniciado por TSG PERÚ S.A.C. (en adelante, “TSG”) en contra de las empresas LANGOSTINERA CALETA DORADA S.A.C. (en adelante, “Caleta Dorada”), PESQUERA LIBERTAD S.A.C. (en adelante, “Libertad”), PESQUERA CHICAMA S.A.C. (en adelante, “Chicama”), PROCESADORA DEL CAMPO SAC (en adelante, “Procesadora del Campo”) y KATAMARÁN S.A.C. (en adelante, “Katamarán”), ante el tribunal arbitral compuesto por los árbitros Alfredo Bullard González, Rafael Montoya Álvarez y Alberto Montezuma Chirinos. Ello, bajo el Exp. No. 1052-068-2008 administrado por la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, “Caso TSG”). En este caso, el tribunal arbitral aplicó un mismo método para levantar el velo societario y determinar su competencia y, luego, para atribuir responsabilidad solidaria respecto del fondo.

833. Como ya se señaló anteriormente y tal como se desarrolló en el Marco Conceptual previo (ver numerales 301 al 312 del presente Laudo), la consecuencia de que el convenio arbitral sea extendido a varias empresas del mismo grupo económico es que, en efecto, todas ellas asuman solidariamente las obligaciones adquiridas por la firmante. Ello, dado que se entiende que todas actuaron bajo una misma y única voluntad fraudulenta y común.

[...]

⁴⁷ Ello no es materia de discusión de la presente tesis porque los árbitros tienen libertad de analizar los asuntos que se ponen a su disposición de la forma que -a su parecer- resulte más conveniente.

835. En tal sentido, habiéndose determinado que en este caso tanto CHICAMA, como las empresas emplazadas CALETA DORADA, PROCESADORA DEL CAMPO, KATAMARÁN y LIBERTAD sí forman parte de un mismo grupo económico, formado con la voluntad fraudulenta de perjudicar a terceros, en este caso a TSG, corresponde que todas ellas asuman solidariamente la deuda de CHICAMA para con TSG. (Énfasis agregado)

Como se puede advertir del extracto del laudo del caso citado, cuando el tribunal arbitral analiza, en el fondo, la aplicación de la solidaridad, se hace referencia al análisis hecho para la competencia del tribunal y se señala que la consecuencia de que se haya extendido el convenio arbitral es que todas son responsables solidariamente. Consideramos que el tribunal arbitral se equivoca al formular esta afirmación, pues no se puede admitir que una decisión sobre la competencia de un tribunal arbitral tenga como consecuencia la solidaridad en el fondo para las personas sobre las cuales se determinó competencia.

A lo que el tribunal arbitral estaba realmente haciendo referencia no era a la decisión sobre su competencia, sino a la aplicación del método para el levantamiento del velo societario que les dio competencia. Ello se entiende en la medida en que se refieren a que “se entiende que todas actuaron bajo una misma y única voluntad fraudulenta y común”, requisitos que el tribunal arbitral verificó para levantar el velo societario respecto al convenio arbitral.

Entonces, el tribunal arbitral sólo aplicó un método para levantar el velo societario y su análisis se manifestó una sola vez en su laudo: respecto del convenio arbitral. Luego, para efectos de la determinación de la solidaridad, se hizo referencia al análisis hecho para determinar la competencia; es decir, la verificación del método para levantar el velo. De ello se puede entender que en realidad no estamos ante dos métodos distintos para levantar el velo: uno para el convenio arbitral y otro para el fondo, sino que estamos ante uno solo que aplica para los dos contratos.

Como recoge Brekoulakis (2017) bajo su propio análisis de casuística sobre el levantamiento del velo societario:

While in theory the analysis for jurisdictional purposes can be 'analytically and practically distinct from the merits of a piercing action, in practice the decision of an arbitration

tribunal to assume jurisdiction over a non-signatory parent under the doctrine of lifting the corporate veil will essentially determine the question of liability of the parent company too.

Ahora, algunos autores han opinado que la aplicación de los mismos requisitos haría que resulte difícil para el tribunal arbitral determinar su competencia antes de entrar al fondo de la controversia, porque es difícil tomar una decisión separada sobre la competencia del tribunal arbitral sobre el levantamiento del velo societario sin decidir el fondo. Ello, en tanto son los mismos hechos los que sustentan la verificación de los mismos requisitos para el contrato y el convenio arbitral (Quintanilla, 2020).

Coincidimos con que los requisitos de la figura requieren de un profundo análisis de los hechos y argumentos fácticos de las partes, pero la imposibilidad de realizar un análisis aislado de competencia no es un problema, sino una característica de la figura. No coincidimos con una propuesta que pretenda aplicar métodos distintos para levantar el velo respecto del convenio arbitral y para el fondo de la controversia. Ello nos llevaría a decisiones incoherentes. Por ello, parte de nuestra propuesta es que se aplique un mismo método para el levantamiento del velo societario respecto del convenio arbitral y el contrato; y como desarrollaremos en el Capítulo IV esto sí es posible mediante un laudo parcial.

Por ejemplo, en el laudo del Caso Arbitral No. 354-2016-CCL, el tribunal arbitral extendió el convenio arbitral a las denominadas “codemandadas 2 y 3” en base al artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje, por haber participado de manera activa y determinante en la negociación y firma del contrato.

Sin embargo, al momento de pronunciarse acerca del fondo de la controversia, a efectos de declarar a todos los demandados como responsables solidarios, el tribunal arbitral aplicó el levantamiento del velo societario en el fondo. Según la reseña del caso, el tribunal arbitral analizó la solidaridad de las codemandas por el pago de la indemnización y, al advertir que conforme al artículo 1183 del Código Civil peruano esta no se presume y solo se establece por ley o por acuerdo, estableció que para extender la solidaridad en grupos de sociedades se podía apelar al levantamiento del velo societario.

En este caso, el tribunal arbitral utilizó el levantamiento del velo societario en el fondo para superar la disposición del artículo 1183 del Código Civil Peruano. No obstante, al hacerlo se contradujo pues, si se ha incorporado al arbitraje a un “no signatario” por haber participado de manera directa, activa y determinante en el contrato, se le debe atribuir responsabilidad de acuerdo a este tipo de participación. Como en cualquier caso de responsabilidad civil, debería establecerse el nexo causal entre su actuación antijurídica en el contrato y el daño generado a la contraparte.

No es coherente señalar que, sobre la base de los mismos hechos, los “no signatarios” han participado de manera directa, activa y determinante en el contrato a efectos de identificar su consentimiento directamente (para el análisis de competencia del tribunal arbitral) y, al mismo tiempo, señalar que han actuado mediante la instrumentalización de otra persona jurídica (para el análisis de fondo). Este tipo de resolución no es coherente.

En esa línea, un caso que merece ser analizado es el Caso Arbitral No. 0338-2016-CCL, que fue tramitado en un proceso de anulación de laudo arbitral ante la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, bajo Exp. No. 00392-2019. En el laudo materia de anulación, al pronunciarse sobre la responsabilidad en el fondo de los demandados, el árbitro les atribuyó responsabilidad solidaria en base a que consideró aplicable al levantamiento del velo:

148. Finalmente, dada dicha voluntad fraudulenta y teniendo en cuenta que se entiende que todas las empresas miembros del grupo forman en realidad una misma unidad de interés, 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. Esto ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia.

149. Esta responsabilidad solidaria no emana de un acuerdo ni de la ley, sino que es la consecuencia lógica y natural del levantamiento del velo. Al perforarse la personalidad jurídica se perfora también la limitación de responsabilidad. La consecuencia del develamiento es tratar a todas las empresas, formalmente distintas, como una sola.

Una vez más, no conceptualizar un mismo método para el levantamiento del velo societario nos lleva a un pronunciamiento incoherente respecto del convenio arbitral y el contrato.

Como se puede apreciar, el método para aplicar el levantamiento del velo societario es uno solo para el contrato y el convenio arbitral.

IV. CAPÍTULO III
LEGITIMIDAD Y CONSENTIMIENTO DEL
LEVANTAMIENTO DEL VELO EN EL ARBITRAJE

Ahora, habiendo establecido que para el levantamiento del velo se aplica un solo método para verificar la competencia del tribunal arbitral y para determinar la responsabilidad en el fondo, no es menos importante establecer cómo este método que, tradicionalmente, se ha aplicado para la responsabilidad solidaria en el fondo, cumple con los principios básicos para considerar a un sujeto como parte en un arbitraje: el consentimiento a arbitrar.

Así, en los siguientes subtítulos explicaremos: (i) la base jurídica que permite a los árbitros levantar el velo societario; y, (ii) la existencia de consentimiento en su aplicación mediante el recuento y análisis de la jurisprudencia más destacada y/o controvertida, así como las posiciones que se han venido desarrollando al respecto.

A. ¿Cuál es la base jurídica que permite a los árbitros levantar el velo societario en el convenio arbitral?

No es controvertido que los árbitros puedan levantar el velo societario respecto al convenio arbitral, y establecida su competencia, levantar el velo también respecto del contrato. De hecho, la doctrina parte de la premisa de que esto es posible y, para el caso peruano, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú ya ha emitido un pronunciamiento (Casación N° 4624-2010) ratificando dicha facultad. La discusión que aún se mantiene y cuya respuesta no es pacífica en la doctrina y la jurisprudencia, es la base jurídica que permite a un tribunal arbitral levantar el velo societario. Es decir, la base jurídica para que el tribunal arbitral determine su competencia sobre la parte adicional. En este acápite trataremos algunas de las diferencias fundamentales entre el arbitraje y la justicia estatal que repercuten también en la base jurídica a aplicar.

Como explicamos en el Capítulo I, el arbitraje es una jurisdicción especial y limitada (Bullard, 2012, pág. 5). Hablamos de una jurisdicción “especial” por el simple hecho de ser distinta a la estatal y es “limitada”; por la normativa estatal que determina aquellas materias “arbitrables” y por el convenio arbitral de las partes que puede incluir distintas limitaciones: las partes, las materias sometidas, la forma de designación de árbitros, etc.

Es decir, la jurisdicción del tribunal arbitral emana directamente del convenio arbitral entre las partes y surte efectos sólo entre ellas. De esta manera, se dice que el arbitraje es un sistema de

resolución de controversias cerrado, en la medida en que solo las partes del convenio arbitral pueden ser llevadas a arbitraje en virtud de él.

A diferencia de los jueces, los árbitros no tienen la capacidad para vincular a terceros al proceso y sus decisiones no pueden tener efectos directamente sobre ellos. Así, el “mandato arbitral”, no tiene la misma fuerza que el “mandato judicial”. Las potestades del juez están dadas por el propio ordenamiento jurídico al cual todos estamos sujetos, mientras que las potestades del árbitro están circunscritas a los límites del convenio arbitral.

Siendo ello así, los jueces pueden levantar el velo societario por la sola aplicación de la ley, sin cuestionar su jurisdicción sobre ese tercero. Lo mismo no ocurre para un tribunal arbitral. El tribunal arbitral no puede dejar de analizar su competencia sobre aquella parte que está incorporando al arbitraje. Así, el levantamiento del velo en el arbitraje no responde solo a un análisis de aplicación de la ley, sino también, principalmente, a un análisis de alcance del convenio arbitral.

Sobre este punto, De Trazegnies (2012) desarrolla la diferencia entre las potestades de un juez y las de un árbitro. Siendo la principal que la competencia que constitucionalmente tiene un juez es distinta a la del árbitro; el árbitro depende del sometimiento de las partes a su competencia:

El juez **ejerce constitucionalmente una función jurisdiccional y cualquiera puede ser demandado ante el Poder Judicial**, correspondiendo al juez decidir si a todos los demandados les corresponde el rol de partes contrarias en el proceso sin que éstos tengan más argumentos para exceptuarse que los derivados de su relación causal con los hechos y de la ley. Sin embargo, las cosas se presentan de una manera diferente ante un tribunal arbitral. En este caso, el árbitro no sólo debe tener en cuenta los hechos y las normas sustantivas para establecer que una determinada persona natural o jurídica es justiciable o no, sino también un principio constitutivo del arbitraje que establece que este método de solución de conflictos resulta de un acuerdo entre las partes y que, por tanto, **no es posible involucrar en un procedimiento arbitral a quien no se ha sometido previamente a éste.** (pág. 103) (Énfasis agregado)

Con mayor abundancia, Caivano (2007) explica las dificultades que implica que los tribunales arbitrales no tengan competencia sobre aquellos que no son partes del convenio arbitral, pues a diferencia de ellos:

En los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. En el arbitraje, en cambio, la multiplicidad de partes en una o varias relaciones jurídicas vinculadas o la multiplicidad de relaciones jurídicas aun entre dos únicas partes plantean importantes dificultades. En buena medida, esas dificultades se presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, **de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de los árbitros.** (pág. 67) (énfasis añadido)

Coincidimos con Caivano (2007) en este punto, ya que la diferencia principal entre el rol del juez y el árbitro, es que la jurisdicción estatal de fuente normativa tiene carácter obligatorio para todos aquellos sometidos a dicha jurisdicción. En cambio, en el arbitraje, dada su naturaleza contractual, sólo las partes del convenio arbitral están obligatoriamente sometidas a la competencia del tribunal arbitral.

Siendo ello así, cabe preguntarse, ¿cuál es la base jurídica que le permite a los árbitros levantar el velo societario?

Somos de la opinión de que la base que le permite a los árbitros levantar el velo societario es el consentimiento -reinterpretado- de los demandados (Controlador y Controlada).

1. El pronunciamiento de la Corte Suprema peruana

Como ya hemos mencionado, la Corte Suprema peruana ya se ha pronunciado de manera favorable a que los árbitros puedan levantar el velo societario. Ello en el marco del conocido Caso TSG, ya mencionado en el Capítulo anterior II.B. Este caso iniciado en virtud de una cláusula arbitral incluida en el Contrato de Servicio suscrito por TSG y PESQUERA HARINAS ESPECIALES S.A. (en adelante, “Harinas Especiales”) con la intervención de Caleta Dorada, en el que posteriormente Harinas Especiales cedió su posición contractual a Chicama.

En este caso, el tribunal arbitral decidió mediante laudo del 18 de marzo de 2009 (en adelante, “Laudo TSG”), entre otras cosas, que el convenio arbitral suscrito entre TSG y Harinas Especiales también alcanzaría a las empresas Chicama, Katamarán, Caleta Dorada, Procesadora del Campo y Libertad; en la medida en que las ellas están vinculadas y responden a una única voluntad fraudulenta común; y que, como consecuencia, Caleta Dorada, Procesadora del Campo, Katamarán y Libertad eran responsables solidarios del pago de la deuda de Chicama. Todo ello bajo la teoría del levantamiento del velo societario.

Frente a este resultado, Caleta Dorada, Procesadora del Campo, Chicama y Libertad interpusieron una demanda de anulación ante la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Lima, bajo distintos argumentos, entre ellos, la inexistencia de convenio arbitral. La Primera Sala Comercial, mediante Sentencia de fecha 10 de agosto de 2010 recaída en el Exp. 451-2009, declaró fundado el recurso de anulación de laudo, bajo la consideración de que no existía base legal para la aplicación del levantamiento del velo societario en el arbitraje.

Este pronunciamiento fue elevado a la Sala Suprema Civil Transitoria de la Corte Suprema peruana, la cual mediante Sentencia de Casación de fecha 19 de diciembre de 2011, recaída en el Exp. N° 4624-2010, declaró nula la Sentencia de la Corte Superior. Bajo la visión de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema peruana, cuando la Primera Sala Comercial de la Corte Superior anuló el laudo señalando que el tribunal arbitral no contaba con base jurídica para levantar el velo societario, lo hizo:

[...] sin considerar la fuerza vinculante de la Constitución Política del Estado, como una verdadera norma jurídica, que bajo argumentos a simili, la analogía y la invocación de los principios constitucionales amplían e intensifican la presencia de la Constitución en el ordenamiento hasta el punto de hacer posible cierta omnicomprensividad del Derecho (pág. 9).

No compartimos dicha afirmación. Los árbitros no pueden levantar el velo o, en general, ejercer jurisdicción por el solo hecho de que se deba ampliar la “omnicomprensividad” del Derecho hacia una interpretación favorable a la jurisdicción arbitral. La competencia arbitral no proviene, o por lo menos no completamente, de la Constitución, sino del consentimiento de las partes.

Ahora bien, pese a que no compartimos las razones de la Corte Suprema con respecto a la constitucionalización del arbitraje, es importante señalar que a partir de este pronunciamiento la posibilidad de que los árbitros puedan levantar el velo societario se deja libre de dudas, pues la Corte Suprema ya ha establecido una fuerte posición al respecto.

2. Otras posiciones en favor de que los árbitros puedan levantar el velo societario sobre el convenio arbitral

a) La concepción del juez y el árbitro como iguales

Un argumento que explora el Laudo TSG, es el efecto que tiene la disposición legal de la Ley de Arbitraje de que allí donde el ordenamiento jurídico señala juez, también se debe entender árbitro⁴⁸:

249. Inclusive recordemos que la calidad de jueces de los árbitros ha sido recientemente incluida también en el D.L.A. que en su Cuarta Disposición Complementaria ha establecido que “todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes. (2009)

Sin embargo, tal y como reconoce más adelante el propio Laudo TSG, los árbitros son jueces sólo para las partes del convenio arbitral. En otras palabras, el árbitro será “juez” solo para aquellos que se hayan sometido a su jurisdicción. Siendo esto así, la equivalencia que hace la Ley Peruana de Arbitraje entre árbitro y juez nunca será suficiente para comparar o pretender una similitud entre las potestades que tiene el juez sobre terceros y las que tiene el árbitro.

b) La efectividad de la tutela jurídica, equidad e imperio de la ley

La doctrina y la casuística arbitral han repasado distintos motivos por los cuales los tribunales arbitrales deberían poder levantar el velo societario, entre ellos: (i) la necesidad de tutela jurídica, (ii) la equidad; y, (iii) el imperio de la ley. Todas ellas bastante similares.

⁴⁸ Ley de Arbitraje. Cuarta Disposición Complementaria

Tanto el Laudo TSG como De Trazegnies (2012) señalan que el árbitro debe tener la potestad de levantar el velo societario, pues el fin último de su función es la administración de justicia, y para poder cumplir esta tarea de manera efectiva, necesitan de esta potestad. Esto, debido a la falta de efectividad que implicaría para el arbitraje no vincular a aquel que abusa de la personalidad jurídica⁴⁹:

250. Por ello, este colegiado es de la opinión que no considerar dicha posibilidad como válida, significaría un retroceso en la efectividad y eficacia que han adquirido los procesos arbitrales, puesto que se estaría recortando a los Tribunales Arbitrales la posibilidad de administrar verdadera justicia en las controversias que sean sometidas a su jurisdicción. (Laudo TSG, 2009).

De manera similar, dado que uno de los fines que persigue el levantamiento del velo es la equidad, parte de la casuística y doctrina arbitral reconocen a la equidad como la base bajo la cual los árbitros pueden levantar el velo societario. Uno de los casos más emblemáticos en la aplicación de la equidad, como motivo y base para el levantamiento del velo, es el Caso Westland Helicopters Ltd. c. Arab Organization for Industrialization (en adelante, “AOI”), Emiratos Árabes, Reino de Arabia Saudita, República Arabe de Egipto y Arab British Helicopter Company (en adelante, el “Caso Westland”)⁵⁰, en el cual, mediante laudo emitido en 1984, el Tribunal Arbitral señaló:

Finally, mention must be made of the practical reasons and considerations of equity which have motivated the arbitrators in this matter, quite apart from the legal ground. Westland is justified in bringing the four States themselves before the arbitrators. Were this not the case, there would be a real denial of justice. In other words, Westland would not recover anything.

⁴⁹ Cabe aclarar que, si bien el Tribunal Arbitral del Caso TSG utiliza este argumento como parte de su lógica, más adelante lo descarta.

⁵⁰ Los Estados Demandados en 1975 suscribieron un acuerdo llamado “Agreement for establishing and Arab Industrialization Organization. A este acuerdo se le llamó el “Tratado”. El Tratado estableció la creación de un Comité y un Estatuto para el Arab Industrialization Organization (en adelante, “AOI”). En 1978, el AOI y Westland suscribieron un “Shareholders Agreement” mediante el cual se creó un *joint-stock company*, llamado The Arab British Helicopter Company (en adelante, “ABH”, en el cual AOI mantenía el 70% del accionariado y Westland el 30%). Para cumplir el objetivo comercial con el que fue creada esta empresa, Westland celebró diversos contratos operativos con ABH. Sin embargo, más adelante, los Estados Demandados, mediante decretos legislativos consecutivos, terminaron por resolver el AOI y, en consecuencia, perjudicaron las inversiones hechas por Westland en la sociedad común entre ambos. Westland inició el arbitraje bajo la cláusula arbitral contenida en su Acuerdo de Accionistas con AOI. Los cuatro Estados Demandados se opusieron a la competencia del tribunal arbitral señalando que ellos no habían suscrito dicho convenio arbitral.

Si bien el Tribunal señala en este caso que su decisión está principalmente alentada en que en la práctica no se materialice una situación de inequidad o resultado injusto, como veremos a continuación, esta no ha sido la única consideración del Caso Westland, en el que finalmente sí se establece la existencia de consentimiento implícito de los “no signatarios”.

El tribunal arbitral estableció como parámetro lo siguiente:

If the obligations under substantive law flowing from the Shareholders Agreement are obligation not only of the AOI, but also of the 4 States, if the locus standi to conduct the defence in relation to those obligations can be attributed not only to the AOI, but also to the 4 States, then the latter are therefore bound by the arbitration clause.

Para responder este cuestionamiento, el Tribunal arbitral analizó la naturaleza de la personalidad jurídica del AOI (organización creada en conjunto por los demandados), y concluyó que la falta de claridad en su naturaleza jurídica y la limitación de responsabilidad que esta implica, condena a sus creadores a responder por ella. De este análisis del Tribunal Arbitral en el Caso Westland, podemos concluir dos puntos relevantes: (i) su análisis para levantar el velo no se basa únicamente en consideraciones de equidad; y, (ii) el análisis se centra tanto en la naturaleza de la personalidad jurídica que se pretende desacreditar, como en la intervención de la parte adicional en el contrato que contiene el convenio arbitral.

Nuestra conclusión sobre el Caso Westland, es que lejos de establecer que las consideraciones de equidad sean suficientes para levantar el velo societario, dispone el levantamiento del velo únicamente después de establecer el consentimiento de los demandados a partir del análisis de las personalidades jurídicas involucradas.

Por su lado, Youseff rescata que existe una línea de casuística que considera que la incorporación de una parte adicional en ocasiones puede darse por la aplicación de principios objetivos y el imperio de la ley (2010, pág. 75), pues los árbitros no están exentos de aplicar los principios legales y constitucionales.

En nuestra opinión, si bien la necesidad de tutela jurídica, equidad y aplicación de principios legales objetivos por parte de los árbitros son fines legítimos de justicia, creemos que estos no son argumentos que correspondan a un análisis de competencia del tribunal, sino más bien

impactos positivos de que se reconozca la competencia del tribunal arbitral en estos casos. Nos explicamos.

El árbitro debe impartir justicia con observancia a principios legales y constitucionales, pero dentro de los propios límites de su competencia. La necesidad de impartir justicia del árbitro no puede en ningún caso ser un argumento para ampliar sus potestades más allá del consentimiento de las partes. Bajo el mismo argumento, podrían ampliarse las potestades de un árbitro a controversias incluso no arbitrables. Por ejemplo, si para la mejor resolución de la disputa y eficacia del laudo, el árbitro necesitara pronunciarse sobre la licitud penal de una acción ¿podría extenderse esta facultad? Evidentemente esto no es posible.

A manera de ejemplo, en los casos de contratos con cláusulas anticorrupción, los tribunales arbitrales no se pronuncian sobre un ilícito penal, sino sobre el cumplimiento de una cláusula del contrato que ha sido sujeta a su competencia. De esta manera, la necesidad de impartir justicia y las potestades limitadas del árbitro se compatibilizan.

En nuestra opinión, la equidad se presenta como el fin último del levantamiento del velo, pero no es la base para el mismo. El consentimiento continúa siendo el elemento base para el levantamiento y la equidad es en realidad el resultado final que se alcanza. En palabras simples, la equidad es el fin, pero el consentimiento no deja de ser el medio.

Nuestra posición, es que el rol del árbitro en la impartición de justicia no es un motivo para ampliar sus facultades más allá de los límites trazados por el convenio arbitral y la regulación de materias arbitrables. En todo caso, una vez que ya se haya establecido que el árbitro cuenta con dicha facultad, puede afirmarse que el gran beneficio de que el árbitro cuente con dicha potestad es que puede impartir justicia de manera más eficiente y alcanzar una situación más equitativa para las partes.

3. Nuestra posición: la competencia del árbitro debe provenir del consentimiento

Bullard (2012) nos da un buen punto de partida para entender la reinterpretación del consentimiento cuando se aplica el levantamiento del velo:

[...] el requisito de voluntariedad, como veremos más adelante, está ligado al principio de buena fe. La voluntad tiene que estar ligada a una conducta leal. La voluntariedad no se determina al momento en que el conflicto surge. De hecho, si una parte se resiste a arbitrar u otra a la incorporación de alguien a un arbitraje, es porque en ese momento no tiene la voluntad de que se arbitre. Pero al igual como ocurre en un contrato, la parte que se resiste a cumplir su obligación de entrega de un bien carece de la voluntad de ejecutar lo acordado. **Lo relevante es ver si de la conducta desarrollada por la parte se puede presumir que existió o debía derivarse en buena fe la voluntad de arbitrar.**

[...] 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.** (pág. 25 y 40) (Énfasis agregado).

Como bien señala Bullard, la voluntad de someter a arbitraje ciertas controversias está estrechamente vinculada al principio de la buena fe. En otras palabras, se analiza si – en buena fe- existe voluntad de arbitrar.

Como hemos establecido en el Capítulo anterior, la desestimación de la personalidad jurídica tiene efecto sobre el convenio arbitral. Al desestimar o no la personalidad jurídica se descubre el alcance de aquel consentimiento brindado en el convenio arbitral.

Así las cosas, un tribunal arbitral puede levantar el velo societario, pues mediante la aplicación de esta figura verifica quiénes son las verdaderas partes que han manifestado su consentimiento de someter a arbitraje sus controversias. Bajo nuestra postura, el tribunal puede levantar el velo porque con su aplicación establece un vínculo de consentimiento que le reconoce competencia. Ello pues, como ya hemos explicado en el Marco Conceptual, la competencia de los tribunales arbitrales proviene únicamente del consentimiento.

Entonces, si bien las potestades de un juez y un árbitro son distintas, esta distinción no representa un problema con respecto a la figura del levantamiento del velo societario. Ello pues mediante su propia aplicación se verifica el consentimiento a arbitrar de los demandados (Controladora/s y Sociedad/es Controlada/s).

La casuística arbitral ya ha reconocido también que cuando se aplican a una parte las obligaciones del contrato, dicho efecto también afecta a la obligación de arbitrar.

It is generally accepted that if a third party is bound by the same obligations stipulated by a party to a contract and this contract contains an arbitration clause or, in relation to it, an arbitration agreement exists, such a third party is also bound by the arbitration clause, or arbitration agreement, even if it did not sign it. (Caso CCI No. 9762, 2001).

En otras palabras, la reinterpretación del consentimiento que señalamos implica que el consentimiento otorgado por aquella sociedad que se utiliza para “escudar” a un sujeto que se aprovecha de la personalidad jurídica, es el mismo de aquel sujeto que la utiliza. Ello, al ser ambos considerados como un solo centro de imputaciones por efecto de la desestimación de la personalidad de la primera.

B. ¿Existe consentimiento en el levantamiento del velo societario?

A partir de lo anterior, podemos concluir que los árbitros tendrán la potestad de levantar el velo societario, y la competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad de aquella parte adicional que se pretende incorporar mediante el levantamiento del velo societario, a partir del establecimiento de consentimiento. Siendo ello así, resulta pertinente desarrollar, derivado de dicho análisis, cómo se verifica la existencia de consentimiento.

1. Nuestra posición: El levantamiento del velo permite hallar el consentimiento de las demandadas

Nuestra posición es que uno de los efectos del levantamiento del velo es la verificación del consentimiento de la parte adicional con respecto al convenio arbitral. Como hemos explicado en el Capítulo II, el levantamiento del velo societario se aplica bajo un método que prevé la concurrencia de dos requisitos: uno de control y uno de conducta.

El efecto del levantamiento del velo por definición es el desconocimiento de la personalidad jurídica utilizada con el fin de defraudar (Cavieses & Vega, 2022, pág. 30). Esto implica que allí donde “A” expresa su consentimiento, entenderemos que “B” también lo hace porque son tratados como un mismo centro de imputaciones. El objetivo que persigue el levantamiento del

velo societario es obligar a la parte adicional, precisamente, respecto de aquellas obligaciones que pretendía evitar mediante un actuar indebido o fraudulento, lo cual incluye también la obligación de arbitrar.

Coincidimos con De Trazegnies (2012) en que nos encontramos ante la propia voluntad original de las partes, pero correctamente interpretada.

[...] **es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada**, la que justifica el rasgado del velo societario. Dentro de ese orden de ideas, una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretende razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta con el objeto de confundir a la parte demandante o de colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora frente a esa demandante en materia de la identidad o del status de la obligada por la operación que es materia de la controversia (De Trazegnies, 2012, pág. 19).

Al respecto, en el laudo del citado Caso Arbitral No. 0338-2016-CCL⁵¹, el árbitro único analizó las teorías del grupo de sociedades y levantamiento del velo, señalando sus diferencias y, en particular, que solo la segunda desestima la personalidad jurídica. El árbitro señaló que en el levantamiento del velo societario se desconoce la personalidad jurídica para tratar a los demandados como una sola entidad, con una sola voluntad:

154. Aunque en algunas ocasiones estos dos supuestos son confundidos, es importante poder diferenciarlos a la hora de su aplicación. Como explica BORN, la teoría del Grupo de Sociedades, “no altera ni afecta la personalidad legal de las entidades en cuestión”. Esto se debe a que este supuesto “se focaliza en la determinación de la intención o la presunta intención de arbitrar”. Esta teoría se asemeja a los principios de agencia e intención implícita, a través de los cuales “vínculos empresariales entre entidades legales distintas permiten concluir que su intención fue ser partes del acuerdo, sin importar su estatus de no signatarios”.

155. En contraste, el Levantamiento del Velo Societario si afecta la personalidad jurídica de las entidades en tanto que desconoce la responsabilidad limitada de la parte

⁵¹ Proceso de anulación de laudo arbitral recaído en el Exp. No. 00392-2019 ante la Segunda Sala Civil Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

firmante para extenderle los efectos de la cláusula arbitral y del contrato a los accionistas u otras empresas vinculadas, **tratándolas como si fueran una sola entidad con una sola voluntad.** (Énfasis agregado)

En otras palabras, mediante el desconocimiento de una personalidad jurídica se establece que la voluntad de una necesariamente vincula a la otra. El desconocimiento de una personalidad jurídica, a partir de un análisis del levantamiento de velo societario, no tiene como consecuencia que aquel acto jurídico celebrado sea nulo por inexistencia de voluntad, sino que la voluntad expresada en aquel acto corresponde a también a otro.

La posición de Born (2021) al respecto es que debería poderse levantar el velo societario en el convenio arbitral, así como en el contrato principal.

Contrary to the suggestions of some authorities, there should be no question that veil-piercing or alter ego doctrines apply to international arbitration agreements. As discussed above, that is the uniform conclusion of both national courts and arbitral tribunals in all jurisdictions to address the issue. Likewise, as a matter of principle, there is no reason that alter ego analysis should not apply fully to arbitration agreements – **just as it does to other types of contractual (and non-contractual) relationships.** Indeed, given the importance of considerations of good faith and equity in international arbitration, there is a serious argument that alter ego status can be more readily established with respect to international arbitration agreements than with respect to substantive obligations and liability under other types of contracts. That conclusion is also consistent with reduced (or neutral) standards of proof for international arbitration agreements and pro-arbitration rules of interpretation. (Born, 2021, pág. 1555-1556) (Énfasis agregado)

Coincidimos con Born respecto a que el levantamiento del velo societario rompe la relatividad contractual en el convenio arbitral como en cualquier otro contrato. Ahora, que los mismos hechos (el cumplimiento de los requisitos) lleven a concluir que existe consentimiento en el convenio arbitral y en el contrato podría levantar una preocupación con respecto al principio de separabilidad. Ello pues el convenio arbitral y el contrato son dos actos jurídicos distintos.

Para responder a esta preocupación, es necesario explicar cómo funciona este principio, para qué situaciones aplica y por qué no afecta la lógica de separabilidad del convenio arbitral. Como explican Bullard y Chan (2007):

[...] el convenio arbitral es un acto separable y distinto del contrato en el cual se encuentra contenido. Esta separación tiene por objeto que los vicios, defectos y/o condiciones que repercutan en la validez o eficacia del Contrato no afecten al convenio arbitral. Es por ello que en la doctrina se considera a este principio como un mecanismo de protección del arbitraje. (pág. 97)

Pero esta separabilidad no implica que, en muchos casos, no sea la misma voluntad la que da nacimiento a ambos: el contrato y el convenio arbitral. Bullard y Chan (2007) comentaron un caso resuelto por una Sala Comercial del Poder Judicial peruano, en la cual se anuló un laudo arbitral bajo el razonamiento de que el representante legal que suscribió el contrato no contaba con las facultades para someter las controversias derivadas del contrato a arbitraje. A pesar de que sí contaba con las facultades para la celebración del contrato en sí mismo.

Criticando la sentencia que validó esta lógica, Bullard y Chan comentan que la separabilidad del convenio arbitral busca que el convenio arbitral pueda surtir efectos a pesar de los problemas de validez que pudiera tener el contrato. Siendo ello así, los autores proponen que el principio de separabilidad no sirve para hacer más fácil “matar” el convenio arbitral (2007, pág. 98).

Con ello no pretendemos afirmar que el consentimiento en el contrato y el convenio arbitral sea uno solo. Esta idea sería, efectivamente, contraria a la separabilidad del convenio arbitral. Lo que sostenemos es que, en el caso del levantamiento del velo, los hechos que afectan el consentimiento respecto del convenio arbitral y el contrato son los mismos. El control y la conducta indebida o fraudulenta.

Existen casos en los que se determina consentimiento tácito únicamente con respecto del convenio arbitral. Por ejemplo, cuando una parte adicional es demandada por la vía arbitral y no objeta la competencia del tribunal. En este caso, las circunstancias que llevan al tribunal arbitral a determinar la existencia de consentimiento al arbitraje están relacionadas únicamente al convenio arbitral. Este no es el caso del levantamiento del velo, ya que, como hemos

explicado, el método para levantar el velo es el mismo respecto del convenio arbitral y respecto al contrato. Las condiciones fácticas para levantar el velo sobre el uno u el otro son las mismas, por ellos, afectan tanto al contrato como el consentimiento a arbitrar. No se puede determinar que el actuar indebido o fraudulento se haya dado solo respecto del compromiso a arbitrar o viceversa.

Compartimos la posición de que la separabilidad no implica que el contrato y el convenio arbitral sean actos completamente distintos que no puedan ser interpretados en conjunto. Bajo nuestra postura, al levantar el velo societario la voluntad única entre ambas personalidades jurídicas se manifiesta de igual manera en el contrato y en el convenio contenido en este.

En conclusión, coincidimos con Mori y Galluccio (2009) en el sentido de que:

[...] al haber actuado, para estos efectos como un solo ente, con una voluntad única de defraudar, constituye sustento suficiente para considerar que se trata realmente de una parte del arbitraje, mas no de un simple tercero. Como se puede apreciar, lo importante en este caso es que no se trata de una parte más cualquiera, por el contrario, existiendo una única voluntad que conlleva un solo comportamiento de cara al proceso arbitral se trata en realidad de una única parte. (pág. 21)

Así, bajo nuestra posición, como consecuencia del levantamiento del velo societario, una sola voluntad de arbitrar representa a dos o más personalidades jurídicas. En consecuencia, no es necesario establecer en qué acto de la matriz o controladora yace el consentimiento, sino aclarar que el desconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad tiene como consecuencia que la voluntad de una representa también a otra.

En otras palabras, los tribunales arbitrales solo deben preocuparse por la verificación de los requisitos para el levantamiento del velo, pues como consecuencia de su aplicación se hallará el consentimiento de la parte adicional. Esto lo explica Park, cuando señala que bajo las mismas bases fácticas bajo las cuales se determina fraude, también se puede extraer el consentimiento de la parte que ejerció o hizo uso de aquel fraude.

Park llega a esta conclusión, señalando que bajo las mismas bases fácticas bajo las cuales se encuentra fraude, es muy posible encontrar también consentimiento:

In practice, of course, arguments on joinder overlap. **A single fact pattern might lend itself both to disregard of the corporate form and to finding implied consent.** A parent company's fraudulent manipulation of an undercapitalized subsidiary could justify disregard of the corporate form, as well as a finding that the subsidiary acted merely as agent for the parent company, which was the true contracting party. (Park, 2009, pág. 4) (Énfasis agregado)

2. **¿Es necesario aplicar el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje o recurrir a la desformalización del convenio arbitral para levantar el velo societario en el arbitraje?**

En el caso peruano, a partir del Decreto Legislativo No. 1071 (en adelante, "Ley Peruana de Arbitraje") vigente desde septiembre de 2008, se incorporó el artículo 14 que regula la posibilidad de incorporar a partes "no signatarias" del convenio arbitral al arbitraje y los supuestos bajo los cuales ello es posible.

Artículo 14. Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias

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 (énfasis añadido).

Bajo esta regulación, cabe cuestionarse si es que para el levantamiento del velo en el arbitraje es necesaria la aplicación de dicho artículo. Esta interrogante se ha reflejado en los pronunciamientos contradictorios de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Corte Suprema peruana respecto al ya mencionado Caso TSG. Estas dudas se manifestaron precisamente porque en dicho caso correspondía la aplicación de la anterior ley de arbitraje (Ley N° 25672) en la cual se exigía la formalidad escrita del convenio arbitral bajo sanción de nulidad. Es decir, la manifestación de voluntad escrita como un requisito *ad solemnitatem*. Estos pronunciamientos son un perfecto ejemplo de la discusión que se ha dado doctrinal y

jurisprudencialmente sobre la necesidad del artículo 14 para el levantamiento del velo societario.

Como explicamos en el numeral 1 del acápite A del presente capítulo, las empresas incorporadas en el Caso TSG impugnaron el laudo en base a que no habría base jurídica para que se levantara el velo societario y se les incorporara al arbitraje como consecuencia de ello. Esto porque en el laudo, el tribunal arbitral aplicó el levantamiento de velo en base a la jurisprudencia internacional arbitral, argumentando un uso y costumbre arbitral; y apoyándose en que esta doctrina ya había sido plasmada en la nueva ley de arbitraje mediante el artículo 14, aún cuando este no fuera aplicable al caso.

La Corte Superior de Justicia de Lima consideró en su sentencia, que el tribunal arbitral de dicho caso carecía de sustento normativo para levantar el velo societario:

A criterio del tribunal arbitral, la facultad que poseen de involucrar a terceras personas en el arbitraje, se sustenta en la posible vinculación fraudulenta que ellas pudieran tener con quien sí firmó el convenio arbitral; opción que, como veremos más adelante, no sólo carece de sustento normativo en nuestro sistema jurídico, sino que además, colisiona directamente con los principios recogidos tanto en nuestra Carta Política, como en la norma de desarrollo legal del arbitraje, respecto al sometimiento a la jurisdicción arbitral. (Sentencia, Exp. 00451-2009)

No es un hecho menor que el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje no haya sido aplicable al convenio arbitral del Caso TSG. Este hecho fue considerado por la Corte Superior de Justicia de Lima como base principal para señalar que no existía base jurídica para el levantamiento del velo en el arbitraje. Para la Corte Superior el hecho de que el tribunal arbitral haya mencionado que la disposición de partes “no signatarias” era una nueva disposición contenida en la, entonces nueva, ley de arbitraje implicaba un reconocimiento de que dicha disposición no existía en la Ley N° 26572, aplicable a la controversia y, por ende, bajo la lógica de la Corte Superior, los propios árbitros estarían reconociendo que no existía una norma aplicable que permitiera la extensión del convenio arbitral.

Este argumento es importante para responder al cuestionamiento objeto de este subtítulo, pues la lógica de la Corte Superior no es del todo incorrecta: si afirmamos que para el levantamiento

del velo societario es necesario una disposición como la contenida en el artículo 14 de la vigente ley de arbitraje, estamos aceptando que la ausencia de este implicaría la imposibilidad para el árbitro de levantar el velo.

Siendo ello así, cabe preguntarse si es únicamente el artículo 14 de la Ley de Arbitraje o, mejor dicho, la regulación de partes “no signatarias”, la fuente que permite a los tribunales arbitrales levantar el velo societario.

La Casación de fecha 19 de diciembre de 2011, recaída en el Exp. No. 4624-2010 del Caso TSG no zanja esta discusión. Como ya hemos explicado en el Capítulo anterior, si bien esta Casación establece que un tribunal arbitral sí puede levantar el velo societario y anula la decisión de la Corte Superior, lo hace bajo la lógica de que al analizar la competencia del tribunal arbitral el énfasis principal debe estar en que se cumplan los fines la Constitución Política de 1993⁵², y, en consecuencia, se debe renunciar a una visión formalista del positivismo y asumir una visión moderna, bajo la cual, en palabras de la Corte Suprema, “toda controversia podría hallar respuesta en un sistema constitucionalizado gracias a su sobreinterpretación en donde los principios constitucionales impregnan todo el ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, volvamos a la pregunta inicial: ¿Es necesaria la aplicación del artículo 14 para el levantamiento de velo? Nuestra conclusión es que no.

La pregunta respecto a la aplicación del artículo 14 se responde de manera sencilla. Una primera evidencia empírica de que los tribunales arbitrales no requieren de una regulación como la del artículo 14 es que, como ya es bien sabido, la norma peruana ha sido novedosa en este sentido. Autores como Gonzales De Cossío, destacan que la norma peruana es: “la única jurisdicción del mundo que ha adoptado como *lex scripta* la teoría de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias” (2012, pág. 15).

Sin embargo, la ausencia de esta regulación positivizada no ha impedido que en otras jurisdicciones se apliquen también las distintas teorías de partes “no signatarias”. Esta es, por

⁵² “[...] sin considerar la fuerza vinculante de la Constitución Política del Estado, como una verdadera norma jurídica, que bajo argumentos a simili, la analogía y la invocación de los principios constitucionales amplían e intensifican la presencia de la Constitución en el ordenamiento hasta el punto de hacer posible cierta omnicomprensividad del Derecho” (Casación recaída en el Exp. No. 4624-2010, pág. 9).

supuesto, tan solo evidencia empírica de que el artículo 14 no es un prerequisite necesario para la aplicación de cualquier teoría de extensión del convenio arbitral. Coincidimos con Gonzales de Cossío cuando señala que lo que hace el artículo 14 es positivizar la idea de que existen otras formas de consentimiento. Así, “se propone que, más que ser una base autónoma y novedosa, reitera la idea—no ajena al derecho de las obligaciones—que existen maneras diversas de manifestar consentimiento para quedar jurídicamente obligado” (2012, pág. 17).

Como desarrollamos en el Marco Conceptual, el convenio arbitral ha pasado por una evolución hacia su desformalización. Previo a ella, la Ley N° 26572, (anterior Ley General de Arbitraje) preveía la formalidad escrita del convenio arbitral bajo sanción de nulidad.

Artículo 10.- Forma del convenio arbitral

El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo la sanción de nulidad.

La sanción de nulidad impedía que se abarquen otras formas de consentimiento distintas a la celebración por escrito. Si bien en la actual Ley Peruana de Arbitraje se ha mantenido la exigencia “por escrito”, al referirnos a la desformalización nos referimos a la interpretación amplia del requisito “por escrito”. Como explica Gonzáles de Cossío, esta evolución ha tenido como consecuencia que el principal foco de análisis para la incorporación esté en el consentimiento y no en la formalidad en la que este se materializa.

La abolición del requisito de firma tiene implicaciones importantes. Quiere decir que, en lo sucesivo, la determinación de la existencia de consentimiento no se centrará en determinar si las partes plasmaron su rúbrica, sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante: un acuerdo de voluntades. Dicho giro implica que la atención ya no se concentrará en existencia, sino en esencia. (Gonzáles de Cossío, 2012, pág. 790)

Así las cosas, el artículo 14 no es un requisito necesario para que pueda vincularse a una parte “no signataria” a un convenio arbitral pues, como su propio nombre lo señala, esta sería una parte “no signataria”. Es decir, esta parte sí brindó su consentimiento a arbitrar, solo que no lo hizo mediante su firma. La vinculación de un “no signatario” no nace de prerrogativas legales que permitan la extensión del convenio arbitral, sino de una reinterpretación del consentimiento que nace a partir de la desformalización del convenio arbitral. Como han destacado autores

como Gonzales de Cossío (2012), esta reinterpretación no es extraña ni únicamente reconocida en el arbitraje, sino que es acorde a instituciones legales de mucha mayor antigüedad aplicadas en el derecho civil.

La desformalización se ha materializado en las distintas leyes domésticas que adoptan el texto de la Ley Modelo con las enmiendas del 2006. Por ejemplo, la Ley Peruana de Arbitraje recoge estas nociones en el numeral 3 del artículo 13⁵³.

En ese sentido, nuestra posición es que el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje no resulta indispensable para el levantamiento del velo societario. En todo caso, el artículo 14 se presenta como un apoyo para el levantamiento del velo, ya que positiviza que existen formas de consentimiento distintas a la firma.

Cabe mencionar también que, a nuestro parecer, dentro de los supuestos del artículo 14 no se ha previsto el levantamiento del velo societario. Bajo el entendimiento equivocado de que el artículo 14 es necesario para el levantamiento del velo se han desarrollado casos y doctrina que han pretendido encajar el levantamiento del velo dentro de los siguientes supuestos del artículo, el cual en síntesis contempla la incorporación para casos en los que el consentimiento se determina por: (i) una participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado; y, (ii) derivar derechos o beneficios del contrato. Ambos supuestos a determinarse bajo una interpretación de buena fe.

A nuestro parecer de manera equivocada, parte de la doctrina ha concluido que al determinarse que una parte ha actuado controlando a otra, esta habría intervenido constantemente en el contrato objeto de controversia, mediante una participación activa y determinante y, por ende, se encontraría en el supuesto del artículo 14. Bajo esta posición, el análisis se centra en buscar la participación activa y determinante de la parte adicional para establecer su consentimiento y, como consecuencia, levantar el velo societario. No estamos de acuerdo con esta posición.

Esto pues genera una confusión entre una teoría de incorporación y otra. Ello, porque la participación activa es una teoría de incorporación y el levantamiento de velo es otra

⁵³ Art. 13 numeral 3 de la Ley Peruana de Arbitraje

completamente independiente. La mezcla de los supuestos de aplicación de ambas teorías en una sola es en parte uno de los motivos por los que no existe claridad en los requisitos aplicables.

A nuestro parecer, además, la participación activa y determinante no aplica al levantamiento del velo, porque en la primera nos referimos a dos partes distintas actuando en un mismo contrato, mientras que en el levantamiento del velo reconocemos a una sola parte actuando en el contrato mediante dos personalidades jurídicas distintas.

Por otro lado, se podría alegar que la mención a la “buena fe” en el artículo 14 incluye el supuesto del levantamiento de velo societario, pues al ser este el producto del fraude o abuso, la aplicación de la buena fe precisamente permite dejar sin efectos aquel fraude o abuso. Si bien en abstracto esta idea parecería correcta, la lectura del artículo no podría llevarnos a dicha conclusión. La redacción del artículo 14 se refiere a la buena fe como un instrumento para interpretar el consentimiento y las actuaciones de las partes, más no como una teoría en sí misma⁵⁴. Afirmar lo contrario, implicaría que el artículo 14 hubiera dejado un cajón de sastre para que, se incorporen a “no signatarios” por la sola aplicación de un principio cuya interpretación puede ser muy variable.

En nuestra opinión, la aplicación del artículo 14 no es necesaria para que se considere que existe consentimiento en levantamiento del velo societario.

Ahora bien, ¿es el levantamiento del velo un caso de parte “no signataria” derivado de la desformalización del convenio arbitral? Nuestra respuesta es que no lo es. El levantamiento de velo societario tiene un análisis particularmente distinto a otras figuras de incorporación al arbitraje. Para Bullard esta figura sí se encuentra dentro del ámbito de aplicación del artículo 14, pero por su naturaleza y complejidad, acepta que merece su propio análisis (2012, pág. 36).

Para nosotros este no es un caso de “parte no signataria”, por las siguientes diferencias. Mientras que, en otras teorías de consentimiento como la participación activa y determinante, el tercero beneficiario o el consentimiento implícito, el enfoque principal del análisis está en la

⁵⁴ Como explica Bullard al citar la buena fe, el artículo 14 pretende que esta sea un instrumento de interpretación. (2012, pág. 30).

relación de esta parte con el contrato en el cual está contenido el convenio arbitral, en el levantamiento del velo el enfoque principal está en la relación societaria de las demandadas.

En otras palabras, el análisis de otras teorías de incorporación se centra en la relación objetiva del “no signatario” con el contrato, mientras que el levantamiento del velo societario se centra en la relación subjetiva entre las demandadas. La conclusión que permite la incorporación en otras teorías distintas al levantamiento del velo, se basa en que dicho “no signatario” también brindó su consentimiento a arbitrar mediante su intervención en el contrato. En cambio, la conclusión que lleva al levantamiento de velo es que las sociedades demandadas son la misma. Es decir, descubre la verdadera parte del arbitraje. Como consecuencia, allí donde firma el convenio arbitral una parte, se debe entender que también se encuentra la parte adicional, pues en aplicación de la figura comparten un mismo consentimiento.

En palabras de Caivano (2019), en el levantamiento del velo societario se desvela que dos personalidades son en realidad una misma: “está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, o cuando es una mera pantalla o un álter ego de la controlante” (pág. 133-134). Así, en los casos de partes “no signatarias” se involucra a una nueva personalidad jurídica a la relación del convenio arbitral, mientras que en el levantamiento del velo societario, se desestima la personalidad jurídica para identificar el consentimiento que proviene de un mismo centro de imputaciones.

Esto porque se entiende que el nivel de control ha sido tal que, respecto del contrato y convenio arbitral, son la misma parte, pues se ha desestimado la personalidad jurídica de una de ellas, en la medida en que se cumple con el requisito de conducta que hace intolerable admitir que sean consideradas como sujetos distintos.

En ese sentido, no solo no es necesaria la aplicación del artículo 14, sino tampoco la desformalización del convenio arbitral. Como ya hemos explicado, la desformalización implica que se dispense la formalidad de la firma para establecer consentimiento. Sin embargo, el levantamiento del velo no requiere de dicha dispensa pues, como hemos explicado, su efecto es que el consentimiento de quien ha suscrito el convenio arbitral alcanza también a la otra personalidad jurídica en cuestión.

Esto quiere decir que, incluso aquellas leyes domésticas basadas en la Ley Modelo de 1985, como lo era la ley peruana cuando se resolvió el caso TSG, permitían levantar el velo societario cumpliendo con el requisito de que el consentimiento conste por escrito. En ese sentido, nuestra posición es que el Laudo TSG levantó correctamente el velo sin que la regulación de la desformalización del convenio arbitral fuera necesaria. Lo que no compartimos del laudo, es que utiliza doctrina arbitral que sí se basa en la desformalización para hacerlo.

3. ¿Es el levantamiento del velo societario una teoría de incorporación consensual?

Como señala Pimm (2003, pág. 6):

“Piercing the veil” is a vivid metaphor. It conjures up images of a devious respondent being impaled on the sword of justice. These images do not sit well with the idea of consent, and they beg the question whether such a powerful weapon is included in the arbitrator's armoury.

Esto ha llevado a que parte de la doctrina y casuística arbitral consideren que esta teoría de incorporación de una parte adicional prescinde del consentimiento. Incluso, parte de la doctrina ha llegado a dividir las teorías de incorporación en dos: consensuales y no consensuales. Categorizando al levantamiento de velo societario como una de las teorías de incorporación no consensual. (Brekoulakis, 2017, pág. 618).

Ello pues el enfoque en la situación de injusticia generada por el fraude o engaño ha generado que parte de la doctrina cuestione si mediante el desconocimiento de la personalidad jurídica realmente se determina la existencia de consentimiento de aquel incorporado. O si, más bien, se le incorpora bajo consideraciones de equidad.

No estamos de acuerdo con esta posición. Ahora si bien ya hemos aclarado que en el levantamiento del velo societario existe consentimiento de aquel incorporado, no podemos ignorar que existe un fuerte sector de la doctrina que considera que, el levantamiento del velo es una forma de incorporación no consensual al arbitraje.

Autores respetados y representativos en la doctrina arbitral como Hanotiau y Born, consideran que el consentimiento se diluye al aplicar el levantamiento del velo. Por su lado, Hanotiau

(2011) respalda la posición de que existen teorías de incorporación en las que el consentimiento está realmente diluido.

[...] consent is completely fading away when arbitration is compelled on the basis of the application of mechanisms of estoppel, piercing the corporate veil or alter ego. [...]

It is also difficult to identify any element of consent in the situation where B, who signed the arbitration agreement, is replaced by C in the arbitration procedure by application of the theory of piercing the corporate veil. C takes the place of B because it acted fraudulently to escape its liabilities and injured the party seeking to pierce the veil. Consent is no longer at issue. What is in consideration here are the values of justice and fairness." [...]

The veil-piercing doctrine can be invoked either to hold the shareholder or parent company liable for the debts of the affiliated corporation (i.e. liability piercing), or to justify jurisdiction over the former. US courts have called the latter approach "jurisdictional veil-piercing." In arbitration, the purpose of jurisdictional veil-piercing is to subject the non-signatory to the jurisdiction of the arbitral tribunal, and not necessarily to bind the non-signatory to the underlying contract.

[...]

In the context of veil piercing, whether binding occurs will depend on whether the non-signatory intervened via domination, fraud, or other abusive conduct with regard to a specific part of a transaction, which justifies it being bound by the arbitration agreement. In practice, however, an alter ego relationship is normally found with regard to the underlying contract and extended to the "associated arbitration agreement." (pág. 543) (Énfasis agregado).

Por su lado, otros autores como Caviezes y Vega (2022) consideran que sí se debe entender que existe consentimiento en el caso del levantamiento del velo:

[...] no estamos de acuerdo en que esta deba ser considerada como una teoría no consensual o ajena al consentimiento.

Hemos mencionado que el levantamiento del velo societario se fundamenta en la prohibición del abuso de la personalidad jurídica como manifestación del principio de la buena fe. Sin embargo, no debe perderse de vista la consecuencia de aplicar dicho remedio: esta teoría acarrea el desconocimiento de la personalidad jurídica en el caso

concreto, haciendo que las sociedades y accionistas puedan ser consideradas como un solo centro de imputaciones.

Esto quiere decir que, si la sociedad "casarón" suscribió un determinado contrato y se obligó a cumplir sus obligaciones, en aplicación de levantamiento del velo societario, **se entenderá que, al ser todos considerados como un solo centro de imputación, todos los accionistas y demás sociedades vinculadas involucradas en el esquema fraudulento también quedan vinculadas por el consentimiento exteriorizado por la sociedad "casarón"**. Esto aplica exactamente igual en el contexto arbitral; la única particularidad es que en este caso el contrato es el convenio arbitral [...] (pág. 30)

Ahora, cuando Hanotiau (2011) se refiere a que el consentimiento no es el principal objetivo del levantamiento del velo es porque, bajo su análisis, el consentimiento se determina de manera sencilla porque al identificar a más de un sujeto como la misma parte: "consent is no longer at issue".

It is also difficult to identify any element of consent in the situation where B, who signed the arbitration agreement, is replaced by C in the arbitration procedure by application of the theory of piercing the corporate veil. C takes the place of B because it acted fraudulently to escape its liabilities and injured the party seeking to pierce the veil. Consent is no longer at issue. What is in consideration here are the values of justice and fairness. [...] (pág. 543) (Énfasis agregado)

Bajo nuestra interpretación, cuando Hanotiau se refiere a que es difícil identificar elementos de consentimiento al levantar el velo, lo que pretende apuntar es que al levantar el velo no se buscan elementos del consentimiento. Pero no niega que, como efecto de levantar el velo, indefectiblemente, se establece que existe consentimiento de aquella parte adicional mediante la determinación de que los demandados (Controladora/s y Sociedad/es Controlada/s) son la misma parte. Esta conclusión se traslada a la mayoría de posiciones de este tipo.

En nuestra opinión, y como ya hemos explicado en capítulos anteriores, aunque el enfoque del levantamiento del velo no esté en el consentimiento, como consecuencia de su aplicación, se halla consentimiento. En ese sentido, no es posible afirmar que no exista consentimiento o que se prescinda de él en el levantamiento del velo societario.

V. CAPÍTULO IV
ASPECTOS PRÁCTICOS PARA EL
LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN EL
ARBITRAJE

En este Capítulo desarrollaremos los aspectos prácticos del levantamiento del velo societario en el arbitraje. Es decir, buscaremos responder a preguntas que las partes y los árbitros se harían en el marco de la aplicación del levantamiento del velo societario en el arbitraje. Abordaremos los asuntos de: (i) la ley aplicable al levantamiento del velo; y, (ii) los asuntos relevantes a tener en consideración respecto del procedimiento arbitral.

Así, en este primer acápite demostraremos que, aunque es usualmente omitido en los análisis para la aplicación del levantamiento del velo societario en el arbitraje, el asunto de la determinación de la ley aplicable es importante. Luego procederemos a explicar por qué este asunto solo se manifestaría en el contexto de arbitrajes internacionales; y, finalmente, abordaremos el análisis de ley aplicable al asunto del levantamiento del velo societario en el arbitraje, para concluir que se debe aplicar una sola ley: los principios internacionales sobre el levantamiento del velo societario.

A. ¿Cuál es la ley aplicable al levantamiento del velo societario en el arbitraje?

La ley aplicable es un tema particularmente complejo, que ha dado lugar a una extensa jurisprudencia y comentarios, y -en palabras de Born (2021, pág. 508)- a una confusión casi igualmente extensa. Ello no es ideal para los objetivos que persigue el arbitraje comercial internacional, que busca simplificar, agilizar y racionalizar la resolución de disputas. En ese sentido, en la última década se han producido una serie de avances a fin de solucionar estas incertidumbres.

Y es que, el arbitraje, como institución, se adapta y ha desarrollado sus propias reglas a fin de adecuarse mejor a las necesidades de sus usuarios. Por ejemplo, para la validez del convenio arbitral, en ausencia de pacto expreso, la doctrina, jurisprudencia y las diferentes legislaciones han creado reglas que suplen el silencio de las partes respecto a la ley aplicable. Las reglas más comúnmente aplicadas son la ley aplicable al contrato y la ley de la sede del arbitraje (Pejnovic y Novoa, 2021).

El desarrollo y adopción de prácticas generalizadas de este tipo genera usos uniformes⁵⁵ en el arbitraje comercial internacional, que nos permite dar una respuesta eficiente a diferentes

⁵⁵ Bullard y Repetto (2014) lo denominan como "estandarización evolutiva".

problemas que pueden surgir en la práctica. En el marco de la presente tesis, resulta indispensable analizar la determinación de la ley aplicable para el asunto del levantamiento del velo societario en el arbitraje que, como desarrollaremos a continuación, tiene sus propias particularidades.

Ahora, la labor del árbitro se complica cuando se presenta la incorporación de una parte adicional que no es evidentemente parte del convenio arbitral, pues esta discute: la aplicación de la ley de un contrato del cual señala no ser parte; o, la aplicación de la ley de una sede del arbitraje que no ha pactado (Park, 2015, pág. 33).

La doctrina del levantamiento del velo societario en el contexto de un arbitraje desconoce la personalidad jurídica y permite hallar el consentimiento de las demandadas respecto al convenio arbitral y su responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones del contrato que lo contiene. Es decir, se aplica tanto para verificar la competencia del tribunal arbitral como para determinar, en el fondo, la responsabilidad solidaria de los demandados.

Así, en el marco de un arbitraje internacional en el que discutimos la competencia de un tribunal arbitral, es importante tener claridad respecto al complejo asunto de la ley aplicable. La ley aplicable al convenio arbitral ya es un asunto complejo por sí mismo (el arbitraje internacional puede plantear una serie de cuestiones complejas, y a veces imprevisibles, acerca de la elección de la ley aplicable), pero es un punto de partida necesario para los asuntos relacionados al convenio arbitral como lo es el levantamiento del velo. (Born, 2021, pág. 236)

1. El problema de la determinación de la Ley Aplicable

Bajo un razonamiento simple podríamos decir que, al ser un análisis que termina por verificar su competencia, el tribunal arbitral debería aplicar la ley del convenio arbitral. Así se hizo, por ejemplo, en el caso pionero de grupo de sociedades, entre Dow Chemical France (France), The Dow Chemical Company (USA), Dow Chemical A.G. (Swiss) y Dow Chemical Europe (Swiss) contra Isover Saint Gobain (France) (en adelante, “Caso Dow Chemical”), en el cual el tribunal arbitral conformado por los árbitros Pieter Sanders, Berthold Goldman y Michel Vasseur, determinó que al ser este un problema de alcance del convenio arbitral, debería aplicarse la ley que gobierne el convenio arbitral que se invoca.

Ahora, a pesar de que normalmente las circunstancias que ameritan que se levante el velo se desarrollan en el plano de la ejecución del contrato que contiene el convenio arbitral y luego estos hechos son trasladados a este, el principio de separabilidad implica que se puedan aplicar derechos distintos al convenio arbitral como al contrato que lo contiene (Born, 2022, pág. 237).

Sin embargo, como ya explicamos en el Capítulo II, el levantamiento de velo societario se aplica mediante un solo método (requisitos y estándares) para el contrato y el convenio arbitral. Autores como Quintanilla (2020, pág. 210) reconocen que el levantamiento del velo es un remedio cuya aplicación implica un tema de fondo “por el elemento del fraude”. Entonces, nace el cuestionamiento de si en realidad debiese aplicarse al asunto del levantamiento del velo la ley sustantiva aplicable a la controversia de fondo. Así, podríamos estar en una disyuntiva ante la definición de cuál es la ley aplicable al análisis del levantamiento del velo.

Esta no es una discusión meramente teórica. En definitiva, la ley aplicable tiene un impacto práctico para el levantamiento del velo. Si las leyes potencialmente aplicables establecen estándares muy diferentes, la decisión de la ley aplicable tendrá un efecto directo y sustancial en el resultado (Otazu, 2018, pág. 43).

Frente a esta problemática, las respuestas que actualmente maneja la doctrina arbitral son muy variadas. Otazu (2018) presenta un escenario en el cual existen hasta cinco (5) opciones de ley aplicable en arbitrajes internacionales para este asunto⁵⁶: (i) la ley aplicable al contrato, (ii) la ley aplicable al convenio arbitral, (iii) principios generales del derecho y principios internacionales sobre levantamiento del velo, (iv) la ley con mayor conexión a la disputa; y, (v) la ley del lugar de constitución⁵⁷.

Born (2021) reconoce que determinar la ley aplicable para la vinculación de una parte al arbitraje no es tan sencillo como utilizar la ley que rige el convenio arbitral, ya que la norma aplicable puede variar dependiendo de la teoría que se pretenda aplicar.

[...] the application of these various international and national law standards to different non-signatory theories, **depending on the nature of the relevant theory**, is appropriate:

⁵⁶ Estos mismos escenarios se podrían analizar en un arbitraje doméstico, pero no tendría mayor sentido ya que la respuesta siempre sería la misma ley.

⁵⁷ Íntimamente relacionada con la ley societaria bajo la cual se constituyen las empresas cuyo velo se pretende levantar.

properly analyzed, the law applicable to determine whether a non-signatory is bound by an arbitration agreement depends on the particular theory that is invoked (pág. 1607).⁵⁸

Respecto del levantamiento del velo, debemos tener en consideración la naturaleza de la figura y la característica de que se trata de un solo método. Así, consideramos que en el levantamiento del velo societario se debe aplicar una misma ley tanto para el convenio arbitral como para el contrato.

Y es que, en el supuesto negado de que tratáramos con dos leyes distintas, nos enfrentaríamos a un problema: que sobre la base de los mismos hechos, se desestime la personalidad jurídica respecto de un contrato y no respecto del otro, en la medida en que las distintas leyes aplicables puedan determinar estándares distintos.

A parte de la doctrina esto le parece no solo poco práctico, sino también inconsistente. Ello pues, bajo este planteamiento, un tribunal arbitral podría desconocer la personalidad jurídica respecto del convenio arbitral, pero no del contrato que lo contiene. Quintanilla considera que los efectos del levantamiento del velo en el convenio arbitral y en el contrato “persiguen el mismo fin –esto es, la relativización del principio de responsabilidad limitada y separación de activos de las empresas para sancionar el uso de la figura societaria como forma de defraudación de acreedores.” (Quintanilla, 2020, pág. 204). De manera coherente con esta conclusión, considera que no puede haber una decisión diferente respecto al mismo asunto en el análisis de competencia y el fondo.

En la práctica internacional, la elección de la ley o la forma de determinarla pueden tener consecuencias importantes en la aplicación de la figura, pues los requisitos y normas para su uso pueden diferir significativamente de un ordenamiento a otro. Por ello, a la hora de adoptar una propuesta, nos enfocaremos en la previsibilidad (expectativas de las partes) y la justicia como criterios importantes para su selección, pues afrontamos el reto de que se determine la ley aplicable que aplicará a un asunto que –últimamente- incidirá en las obligaciones del contrato y la competencia del tribunal arbitral.

⁵⁸ Si bien la cita se refiere a supuestos de extensión del convenio arbitral a “no signatarios”, consideramos que el asunto también se refleja a la aplicación del levantamiento del velo en tanto sus efectos también inciden en la competencia del tribunal respecto de una parte del convenio arbitral.

Pese a lo señalado, la situación actual es que, en el reducido universo de casos de levantamiento del velo societario reportados en el arbitraje⁵⁹, son una minoría los casos en los que el tribunal arbitral se detiene a analizar el problema de la ley aplicable al levantamiento del velo. (Otazu, 2018, pág. 44)

Estando así las cosas, uno de los cuestionamientos a los que pretende responder esta tesis es: ¿Cuál es la ley aplicable para el análisis del levantamiento del velo societario en el arbitraje? Para ello partiremos aclarando que el asunto solo se manifiesta en el arbitraje internacional.

2. ¿Por qué la problemática solo se manifiesta en el arbitraje internacional?

Conforme a la Ley Modelo, un arbitraje es internacional si:

- a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
- b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha;o
- c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. (Énfasis agregado).

A contrario, entonces, un arbitraje será nacional o doméstico cuando todas las partes de la controversia tengan sus establecimientos en el mismo lugar de la sede.

Podemos observar que en un escenario de arbitraje nacional, no se desprenden significativas contingencias respecto a la ley aplicable en cuanto al asunto del levantamiento del velo societario. Ello porque una disputa en el marco de un arbitraje nacional con las características

⁵⁹ Como señalan los casos CCI No. 14208 y 14236.

antes señaladas -en la inmensa mayoría de los casos- no aplicaría un derecho distinto al de la sede del arbitraje que, para estos efectos, sería el mismo del contrato, las partes y el lugar de ejecución; incluso si la Controladora o Controlada (reverse piercing) que se pretende alcanzar con el levantamiento del velo se rige por un derecho distinto⁶⁰.

En un arbitraje nacional bajo la definición desarrollada previamente: ¿Existe algún conflicto acerca de la ley aplicable? No. Toda la controversia está circunscrita a un mismo ordenamiento, no hay un factor de conexión con un derecho extranjero y, por tanto, no existe posibilidad de una ley aplicable distinta.

Entonces, no existe duda alguna de que la ley aplicable al asunto del levantamiento del velo societario sería el derecho del Estado de las partes. En el que se arbitra, además, la controversia. Ello es distinto en un arbitraje internacional.

3. Reglas para la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral

En la medida en que en el presente Capítulo pretendemos determinar una ley aplicable al levantamiento del velo societario en el arbitraje, consideramos que, al ser este un asunto que tiene incidencia en el convenio arbitral, es importante realizar un breve repaso de las reglas que se deben considerar al momento de determinar la ley aplicable al convenio arbitral.

En el arbitraje internacional, en ausencia de un pacto expreso de las partes sobre la ley aplicable al convenio arbitral, esta se determina a partir de un análisis respecto a la existencia de un pacto implícito de las partes o de la identificación de la ley con mayor conexión con la transacción. Sobre esto último, existen posiciones divididas acerca de si la ley con mayor conexión con la transacción es: (i) la ley de la sede del arbitraje; o, (ii) la ley que rige el contrato que contiene el convenio arbitral. Coincidimos con Born (2021) cuando señala que sobre la base de una correcta lectura del artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York⁶¹, la regla establecida es que, en defecto de un pacto expreso de una ley aplicable al convenio arbitral, aplica la ley de

⁶⁰ Ello pues, por un lado, la personalidad que se busca desestimar es la de la sociedad controlada y no la de la Controladora y, por otro, se podría considerar este supuesto como uno de arbitraje internacional puesto a que la Controladora sería parte adicional del arbitraje y ello determinaría que el arbitraje tenga una parte con domicilio en un Estado distinto.

⁶¹ "Article V(1)(a) prescribes a two-part rule, looking first to either the express or implied choice of the parties and, absent any choice, providing a default choice." (Born, 2021, Pág. 602)

la sede⁶². Claro, ello bajo el lente del principio de validación (*in favorem validatis*) que establece que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley del estado que tenga conexión con la transacción de las partes, que dará efecto al convenio arbitral, en lugar de invalidarlo (Born, 2021, pág. 609).

Ahora, tanto las cortes nacionales como los tribunales arbitrales no aplican necesariamente la misma ley a todas las cuestiones que tienen vinculación con el convenio arbitral, incluso cuando se planteen en relación con este:

National courts or arbitral tribunals will not necessarily apply the same law to all of the foregoing issues, even when they arise in relation to the same arbitration agreement. For example, one national law may apply to questions of capacity (e.g., the law of a party's domicile), while a different law applies to questions of form (e.g., the New York Convention) and substantive validity (e.g., the law of the arbitral seat). Likewise, different national laws may apply to questions of waiver (e.g., the law of the place where a party commences judicial proceedings, in violation of an arbitration agreement) and to questions of nonarbitrability (e.g., the law purporting to establish objective nonarbitrability). (Born, 2021, pág. 524)

Si bien el artículo 1 de la Ley Peruana de Arbitraje señala que se aplicará a los arbitrajes que se hallen dentro de territorio peruano:

Artículo 1.

El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria. (Énfasis agregado)

⁶² “As discussed above, except where parties have otherwise agreed, Article V(1)(a) of the Convention and Articles 34 and 36 of the Model Law provide for application of the law of the arbitral seat to the arbitration agreement. That rule both reflects and shapes the expectations of commercial parties regarding the character of, and law applicable to, their arbitration agreement. Treating a general choice-of-law clause as expressly or impliedly selecting the law governing the arbitration agreement largely nullifies or reverses this universal default rule, instead subjecting arbitration agreements to the law applicable to the underlying contract.” (Born, 2021, Pág. 608)

Ello se refiere a la aplicación de la Ley Peruana de Arbitraje como ley aplicable al procedimiento arbitral y no necesariamente como ley aplicable a la validez del convenio arbitral, su formación o la capacidad de las partes para celebrarlo (Soto y Bullard, 2011, pág. 3).

De hecho, el inciso 4 del artículo 13 de la Ley Peruana de Arbitraje resulta ilustrativo para estos efectos:

Artículo 13. Contenido y forma del convenio arbitral

[...]

7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las **normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano** (Énfasis agregado).

Es decir, la validez del convenio arbitral se determina mediante la satisfacción de los requisitos previstos en: (i) las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, (ii) las normas jurídicas aplicables al fondo; o, (iii) el derecho peruano, la que sea más favorable para la validez del convenio arbitral en virtud del principio *in favorem validatis* (Soto y Bullard, 2011, pág. 181-182).

Ahora, cuando hablamos de “ley aplicable” no nos referimos a una norma específica, sino a todas las normas pertenecientes al ordenamiento jurídico del Estado cuya “ley” es determinada como aplicable para el asunto:

In international arbitration, as in private international law, the word “law” encompasses all rules belonging to the legal system in question, with each source (including statute, case law and custom) having the authority attributed to it by that legal system. Thus, for example, by referring to “Venezuelan law,” the parties include all of the sources recognized by the Venezuelan legal system, following the hierarchy established therein. (Énfasis agregado) (Gaillard y Savage, 1999, pág. 791)

En ese sentido, conocer la forma de determinar la ley aplicable al convenio arbitral y a los asuntos relacionados a este, es un paso metodológicamente importante para la solución de controversias relacionadas a la competencia de los árbitros, incluso si en la práctica no afecta el resultado.

4. Ley aplicable al asunto del levantamiento del velo societario en el arbitraje internacional

Como es conocido, para las distintas metodologías de determinación de ley aplicable, un primer paso para, incluso decidir qué metodología es conveniente aplicar, es la determinación de la materia o asunto en cuestión.

Aterrizando la discusión al tema que abordamos en el presente trabajo (el levantamiento del velo societario) uno de sus efectos es determinar que un sujeto es parte del arbitraje. Este asunto se podría considerar relacionado a la validez sustantiva o a la formación del convenio arbitral entre un sujeto A, que es evidentemente parte del contrato y del convenio arbitral, y un sujeto B, que niega ser parte de ambos. (Born, 2021, pág. 1530)

Por otro lado, el levantamiento del velo societario es aplicado en el fondo para considerar que los demandados (Controlador y Controlada) son igualmente responsables por las obligaciones del contrato. Por ello, no solo es un asunto que se relacione a la competencia del tribunal arbitral.

Ante ello, consideramos que estamos ante un asunto en sí mismo que es transversal al contrato y su convenio arbitral. Afirmar que estamos ante un solo método para levantar el velo en el contrato y su convenio arbitral, implica que se verifiquen los mismos requisitos bajo los mismos estándares para el contrato y su convenio arbitral. Ello es posible en la medida en que la ley aplicable, también, sea una sola para este único asunto, a pesar de que se materialice en dos decisiones distintas (competencia y responsabilidad).

Lo propuesto es posible, pues existen asuntos que tienen efectos, por ejemplo, en la validez del contrato y la validez del convenio arbitral y se tratan bajo una sola ley: la capacidad de la persona que celebró el acto jurídico. Si el sujeto que celebró los actos jurídicos (contrato y su convenio arbitral) no era un sujeto capaz, el convenio arbitral será nulo y el contrato también

lo será. Este asunto no se regula bajo leyes distintas. Para la capacidad usualmente se aplica la ley del estado de la persona cuya capacidad es materia de controversia, pues es esta ley la que regula su capacidad. (Born, 2021, pág. 524)

De forma similar no sería congruente que se apliquen leyes distintas a la cuestión de levantamiento del velo societario respecto del contrato y del convenio arbitral, pues ello habilitaría a que se pueda afirmar que, sobre la base de los mismos hechos de connotación fraudulenta, se puede considerar que dos sujetos son un mismo centro de imputaciones respecto del convenio arbitral y no sobre el contrato, o viceversa. El levantamiento del velo societario debe ser considerado un asunto en sí mismo (como los asuntos de la capacidad, validez formal y otros) y debe regirse, en el convenio arbitral como en el contrato, bajo una sola ley aplicable.

Ahora, la problemática respecto de la ley aplicable se ha resuelto mediante fórmulas desarrolladas por la doctrina y la experiencia arbitral:

Different national courts, arbitral tribunals and commentators have developed and applied a multiplicity of different choice-of-law rules to the substantive validity of international arbitration agreements, **ranging from the law chosen by the parties to govern their underlying contract, to the law of the arbitral seat, to the law of the judicial enforcement forum, to the law of the state with the “closest connection” or “most significant relationship” to the parties’ agreement.** These various choice-of-law rules, and the absence of any consensus with respect to any of these rules, has often produced uncertainty about the choice of the law governing international arbitration agreements. (Born, 2021, pág. 508-509) (Énfasis agregado)

Las fórmulas para la determinación de la ley aplicable para los casos de alcance subjetivo del convenio arbitral e incorporación al arbitraje no escapan a este desarrollo, en particular la ley aplicable al levantamiento del velo en el arbitraje.

Los estándares para el cumplimiento de los requisitos para el levantamiento del velo societario varían de país en país⁶³ (y, en el caso de estados federales como Estados Unidos, de estado en

⁶³ “The precise requirements of veil piercing in the context of arbitration agreements differ across jurisdictions. Both Switzerland and Germany apply this doctrine restrictively, whereas it seems to be more readily accepted in the US – at least with regard to state-owned entities.” (Landbrecht y Wehowsky, 2017, pág. 842-843)

estado). En ese sentido, en un contexto de arbitraje internacional en el cual se manifiestan muchos factores de conexión a diferentes ordenamientos jurídicos (P.e. domicilio o nacionalidad de las partes, sede del arbitraje, lugar donde una parte sustancial del contrato se lleva a cabo, etc.) podríamos estar ante un caso en el que dos o más leyes con diferentes estándares pueden resultar aplicables para el asunto del levantamiento del velo.

Como explican Delgado, Delgado y Candela (2012, pág. 59) el conflicto de leyes se genera, precisamente, cuando el sinnúmero de relaciones jurídicas implicadas en una operación no se ejecuta en un único ordenamiento jurídico como podría ser el caso del levantamiento del velo societario.

Por ello, coincidimos con que “[...] **choice-of-law issues often arise in the veil-piercing context, i.e., to determine which law provides the applicable test.**” (Otazu, 2018, pág. 33) (Énfasis agregado).

Sin embargo, sobre el particular, es importante señalar que no existe una respuesta clara ni uniforme por parte de la jurisprudencia ni la doctrina: **“The issue of what law governs the theory of piercing the corporate veil does not receive a clear, or at least unanimous, answer”** (Hanotiau, 2020, pág. 87). (Énfasis agregado)

Y es que en el reducido universo de casos reportados de levantamiento del velo societario en el arbitraje, son una minoría los casos en los que el tribunal arbitral se detiene a analizar el problema de la ley aplicable al levantamiento del velo (Otazu, 2018, pág. 44). De acuerdo con Hanotiau (2020), se han aplicado las siguientes opciones entre las leyes aplicables: (i) ley del estado de incorporación, (ii) ley del convenio arbitral, (iii) ley del contrato subyacente que contiene el convenio arbitral, (iv) principios internacionales; o, (v) principios generales del derecho. Ello, conforme -a su vez- al marco arbitral que ha sido desarrollado en la Ley Modelo sobre la ley aplicable.

Ley Modelo	Ley Peruana de Arbitraje
Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio	Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia.

<p>1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.</p> <p>2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.</p> <p>3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.</p> <p>4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.</p>	<p>1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.</p> <p>2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.</p> <p>3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.</p> <p>4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.</p>
---	--

Siendo ello así, a pesar de la extensión de nuestro trabajo y considerando que el asunto de la ley aplicable al levantamiento del velo societario en el arbitraje es un tema complejo que es meritorio por sí mismo de una tesis, haremos el esfuerzo de desarrollar brevemente las opciones planteadas y determinar la que -en nuestra opinión y para efectos del presente trabajo- será aplicable por ser aquella más adecuada y coherente a los objetivos del arbitraje internacional.

Debemos reconocer -antes de iniciar con el análisis- que la elección de la ley aplicable al levantamiento del velo, dada su relevancia para el análisis y los requisitos y estándares aplicables a este, debe responder a un estándar justo para las partes. Ello en la medida en que la figura del levantamiento del velo tiene consecuencias importantes sobre el contrato y el consentimiento al convenio arbitral. Nuestro análisis debe considerar que el levantamiento del velo societario (y su ley aplicable) deben estar en el punto medio entre el respeto a la buena fe y la personalidad jurídica. Asimismo, en nuestro análisis de selección de la ley aplicable a este asunto, tomaremos en cuenta las cuestiones procedimentales y los objetivos del arbitraje internacional, en particular la eficiencia y la predictibilidad (Born, 2021, pág. 526-527).

a) La ley del contrato subyacente

Un posible escenario que se puede plantear, es que se considere aplicable la ley del contrato para el análisis del levantamiento del velo societario. Aquellos que proponen a esta ley como la aplicable al asunto del levantamiento del velo, la justifican en que: (i) respecto del que se pretende incorporar al arbitraje, la pretensión de levantar el velo societario deriva del contrato que contiene al convenio arbitral; y, por otro lado, (ii) respecto a la parte que solicita el levantamiento de velo, esta ha aceptado la ley aplicable al contrato subyacente al celebrar el contrato (Otazu, 2018, pág. 44).

Consideramos que el problema con este planteamiento, radica en que parece ignorar el hecho de que parte de lo que se está analizando es la cuestión de la competencia del tribunal arbitral (es decir, si la parte adicional es parte del acuerdo de arbitraje). Independientemente de ello, como hemos desarrollado previamente, los asuntos sustanciales relacionados con el convenio arbitral no siempre se analizan bajo la misma ley, y aquella no siempre es la ley del contrato. Si bien uno podría esperar -razonablemente- que todas las cuestiones relacionadas al contrato subyacente se resuelvan por la ley elegida por las partes para regir dicho contrato, y el levantamiento del velo es un asunto relacionado al contrato, dicha ley no suele estar pensada necesariamente para los eventuales temas litigiosos relacionados al convenio arbitral.

Normalmente, la ley seleccionada para los asuntos del fondo del contrato se selecciona en razón de su utilidad para regular la transacción de las partes. Sin embargo, podría no promover los intereses de éstas en relación con el levantamiento del velo societario. Las partes, al celebrar el contrato, no suelen preocuparse por las normas de levantamiento del velo de la ley elegida, la

cual podría ser indulgente o estricta para su gusto (Otazu, 2018, pág. 45). Ello podría ser injusto para: (i) aquel que invoque la aplicación de la figura del levantamiento del velo (si la ley aplicable al contrato tiene estándares muy elevados o simplemente no prevé el levantamiento del velo), (ii) para aquella parte cuya personalidad jurídica se pretende desestimar (si es que los estándares de los requisitos son particularmente relajados); y, (iii) para la parte adicional que quiere evitar ser incorporado al arbitraje (pues se le estaría aplicando el estándar de una ley pactada en un contrato que no habría celebrado) (Otazu, 2018, pág. 45).

Ahora, se podría argumentar que en el tercer caso (parte adicional) si se confirma que esta actuó como *alter ego* de uno de los firmantes, evidentemente, habría consentido la cláusula de la ley aplicable al contrato y, por ende, era razonable para ella esperar que sea esa ley la que rijan su inclusión al arbitraje. Sin embargo, ésta es una cuestión que sólo podrá determinarse luego de levantar el velo pues, en la práctica, aquel que se opone a su inclusión en el arbitraje suele alegar que es ajeno tanto al acuerdo de arbitraje como al contrato que lo contiene. Solo cuando el velo es levantado, es que se puede afirmar que fue la misma parte la que celebró dicho contrato.

Por estas consideraciones, somos de la opinión de que la ley del contrato no resulta adecuada para el análisis del levantamiento del velo societario, pues no se ajustaría a las expectativas de las partes sobre la ley que aplique tanto a asuntos del contrato como del convenio arbitral. Además, no permite que existan requisitos y estándares claros para la aplicación del levantamiento del velo.

b) La Ley del Convenio Arbitral

Otra opción que se ha planteado, es recurrir a la ley que rige el convenio arbitral. En la medida en que se trata de un asunto relacionado al convenio arbitral y su alcance subjetivo, parece lógica su aplicación. Como desarrollamos en la sección anterior, el consenso general, hoy en día, parece ser que la ley que rige el convenio arbitral es la ley elegida por las partes o, en su defecto, la ley de la sede del arbitraje (Born, 2021; Kim, 2017, pág. 159).

Según Otazu (2018, pág. 46) citando a Klaus Peter Berger, la ley que rige el acuerdo de arbitraje también debe regir la validez sustantiva del acuerdo de arbitraje y las cuestiones relacionadas con su ámbito de aplicación, incluida la extensión del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, como

vimos en la sección anterior, los tribunales arbitrales pueden aplicar leyes distintas a los diferentes asuntos del convenio arbitral en el marco de un arbitraje internacional.

Ahora, utilizar la ley aplicable al convenio arbitral tiene la ventaja de promover la certidumbre porque, en el supuesto en que las partes pacten en su convenio arbitral la ley de forma expresa, las partes han querido que sea esa ley la que rijan los asuntos relacionados al convenio arbitral. De no pactarlo expresamente, las partes contratantes normalmente eligen la sede del arbitraje expresamente en el acuerdo, por lo que, a partir de este pacto se puede derivar la ley aplicable al convenio arbitral. Con ello las partes podrían tener certidumbre de la ley que aplicaría a los asuntos relacionados al convenio arbitral, como lo sería la incorporación de una parte adicional mediante la figura del levantamiento del velo societario.

Sin embargo, el problema con esta opción es que las partes normalmente suelen elegir la sede, también, en razón de su neutralidad u otros aspectos que vuelven atractiva una sede y, a diferencia de los litigantes en un arbitraje nacional, las partes carecen a menudo de una conexión significativa con la sede del arbitraje pactada. Al elegir la sede, las partes rara vez tienen en cuenta las normas o principios que regirán el levantamiento del velo en esa jurisdicción y, por lo tanto, realmente no están previendo que esta ley, con la que posiblemente no tienen conexión alguna, regulará el levantamiento del velo.

Adicionalmente, debemos reiterar que, al desestimar la personalidad jurídica, no solo se verifica la existencia de consentimiento al convenio arbitral, también se determina que las demandadas (Sociedad Controlada y su Controladora) son igualmente responsables por las obligaciones contractuales. En ese sentido, la ley del convenio arbitral no se ajustaría a las expectativas de las partes sobre la ley que determinaría solidaridad respecto a las obligaciones del contrato.

Por estas consideraciones, somos de la opinión de que la ley que rige el convenio arbitral tampoco resulta adecuada para el análisis del levantamiento del velo societario, pues no se ajustaría a las expectativas de las partes sobre la ley que aplique tanto a asuntos del contrato como del convenio arbitral.

c) Ley del lugar de constitución

Otra opción nos remite a la ley del lugar de constitución de las partes. Ello debido a que: (i) el levantamiento del velo implica ignorar una o más personalidades jurídicas que son utilizadas a fin de defraudar al demandante; y, (ii) el derecho societario del lugar de constitución de aquella personalidad jurídica que se pretende desconocer rige la existencia de la personalidad jurídica, su extinción, cuando deviene en irregular y el alcance de su responsabilidad (responsabilidad limitada).

Estamos hablando, claramente, de la ley del lugar de constitución de la sociedad cuya personalidad jurídica se quiere desestimar. Aplicar la ley de la sociedad cuya personalidad jurídica no se va a desestimar sería ciertamente injusto para ambas partes (demandante y demandados)⁶⁴.

Ahora, esta opción resulta particularmente razonable, debido a que: (i) las decisiones transaccionales se basan en parte en el derecho societario de la empresa elegida para ejecutar el contrato, (ii) las partes suelen revisar el derecho societario de su contraparte contractual para asegurarse de que tiene capacidad suficiente para ejecutar y cumplir el contrato; y, (ii) usualmente, luego de revisar estas normas, de ser necesario, las partes piden garantías a la sociedad matriz u otras vinculadas a su contraparte contractual. En ese sentido, cabe esperar que las partes tengan en cuenta las leyes que limitan la capacidad y la responsabilidad de su contraparte contractual y, entre ellas, las leyes que limitan el levantamiento del velo societario. No hay un gran desconocimiento sobre estas disposiciones, en tanto las partes las han revisado al momento de celebrar el contrato y los demandados han tenido en cuenta las normas societarias al momento de constituir a la sociedad que sería objeto de levantamiento del velo.

Éste es el planteamiento seguido por la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses, y también el propuesto en la Sección 307 del *Restatement Second on Conflict of Laws*⁶⁵. También hay numerosos argumentos de política legislativa a su favor: la conformidad con el interés del Estado de constitución en determinar los supuestos en los que se despoja de la protección jurídica, el fomento de la coherencia y la previsibilidad para la sociedad y sus accionistas, el favorecimiento de la ley que usualmente tiene la conexión más fuerte con la cuestión del

⁶⁴ Ello pues permitiría escenarios en los que: (i) la parte que pretende el levantamiento del velo podría simplemente buscar en la cadena de propiedad del demandado y hacer una especie de “company shopping” buscando la compañía con la ley aplicable más laxa; o, (ii) los demandados podrían protegerse a través de una sociedad matriz cuya legislación aplicable no permita el levantamiento del velo o lo limite severamente.

⁶⁵ Según explica Vasallo, los *Restatement of the Law* son tratados publicados por el American Law Institute utilizados para la impartición de justicia en los Estados Unidos. (Vasallo, 2022, pág. 69)

levantamiento del velo societario y, como se ha mencionado, la coherencia con las expectativas de las partes.

De hecho, el 25 de junio de 1999, el Árbitro Hans Smit en su opinión disidente del Primer Laudo Parcial del Caso CCI No. 9058/FMS/KGA entre Bidas S.A.P.I.C., Bidas Energy International. Ltd. y Bidas Corporation c. Turkmenistan, Concern Balkanbebitgazsenagat y State Concern Turkmenneft., señaló lo siguiente:

62. Since, in order to find the Government bound, it is necessary for the Tribunal to find that the Government is bound by the arbitration clause and there is no indication that the Government anywhere agreed to be bound by the arbitration agreement, **the only other way is to seek to bind it by recourse to a piercing of the corporate veil.**

63. Under that analysis, **the law of the place of creation of the corporate entity' would appear to have the strongest claim to application.** Questions of corporate personality have traditionally been resolved under the law of the place of incorporation. (Énfasis agregado)

Esta posición, sin embargo, no se encuentra libre de problemas. Un tribunal arbitral de la CCI ha sostenido que, aunque puede ser razonable y justo someter a una sociedad y a sus accionistas, directores y administradores a la ley del lugar de constitución de esta, no es razonable esperar que su contraparte contractual haya aceptado la aplicación de las leyes societarias simplemente porque decidieron contratar con dicha sociedad. Según el tribunal arbitral, esto es especialmente injusto e irrazonable para los extranjeros que no están familiarizados con las leyes societarias de su socio contractual⁶⁶. En ese sentido, en el caso First National City Bank (1983), se señaló que, si bien la ley del estado de constitución determina las cuestiones relativas a los asuntos internos de una sociedad, se aplican principios diferentes cuando se trata de los derechos de terceros ajenos a la sociedad⁶⁷.

Otro problema desarrollado por el Caso Westland (1984), es que aplicar la ley del lugar de incorporación quizás podría funcionar para sociedades constituidas bajo derecho privado, pero

⁶⁶ Caso CCI No. 8385, citado por Otazu (2018, pág. 53).

⁶⁷ Esta norma estadounidense, sin embargo, sólo se ha aplicado a las entidades extranjeras controladas por el gobierno, y es dudoso que los tribunales estadounidenses la hagan extensiva a contextos de arbitraje internacional.

resulta problemático cuando se pretende levantar el velo societario sobre personalidades jurídicas creadas por estados:

Whereas it is true that an individual can not set up a legal entity without the authorization of a State or a State law, sovereign States may themselves dispense with such a basis. Their acts have the force of law, and if a State alone can create by its acts (even without recourse to its legislation previously in force) a legal person, several States clearly have the same power when they act together and with common intent, as the 4 states did in the present circumstances (1984, pág. 1081).

Por estas consideraciones, somos de la opinión de que la ley del lugar de constitución de la sociedad controlada, si bien es más adecuada que la ley del contrato y la ley del convenio arbitral para el análisis del levantamiento del velo societario, esta posición no se encuentra libre de problemas. Si consideramos, adicionalmente, que la mayoría de ordenamientos -si no son todos- no establecen estándares claros y uniformes acerca de cuándo se debe levantar el velo, consideramos que la ley del lugar de constitución no resulta adecuada para el asunto del levantamiento del velo societario.

No obstante ello, si bien la ley de constitución no podría ser la ley aplicable al análisis del levantamiento del velo societario, un tribunal arbitral sí podría considerar relevante analizarla, como parte de los hechos. Como explican, Delgado, Delgado y Candela (2012, pág. 284) cuando un juez, o en este caso árbitro, luego de realizar un análisis de conflicto determina que la ley extranjera no es la aplicable a determinada controversia, determina a su vez, que su aplicación no es imperativa en el caso⁶⁸. Sin embargo, esta ley puede ser ilustrativa a modo de prueba. Cómo desarrollan Peña y Ausín “[...] cuando hablamos de hechos, hemos de notar que éstos pueden involucrar elementos normativos y no puramente fácticos [...] no todo lo normativo es Derecho en el sentido procesal” (2013, pág. 1), ya que el Derecho puede determinar una situación jurídica determinada como un hecho y eso es lo que ocurre respecto a la ley de constitución.

⁶⁸ Cabe aclarar que mediante la mención de la ley extranjera como un hecho jurídico, no nos referimos a aquellas doctrinas que consideran que la ley extranjera únicamente se pueda aplicar de esta forma, sino a que, en algunos casos, en los que luego de un análisis de conflicto se haya determinado que la ley aplicable no es la extranjera, esta podría ser tomada en consideración por el juez o árbitro como un hecho jurídico.

Aunque no sea la ley aplicable al levantamiento del velo societario, será de utilidad para el tribunal al realizar esta tarea conocer cuál es el estatus legal de la sociedad que se pretende incorporar en la jurisdicción en la que fue constituida.

d) Ley con mayor vinculación con la controversia

Otra opción sería aplicar la ley con mayor vinculación con la controversia. Sin embargo, esta solución al conflicto de leyes es particularmente ambigua y difícil de utilizar. Ello debido a que las partes de un contrato sólo pueden intentar adivinar cuál sería la ley aplicable antes de que exista una controversia. Las partes no sabrán antes del conflicto qué ley aplicaría al levantamiento del velo, ni si los estándares son exigentes o laxos. En este supuesto, las partes simplemente deben confiar en la capacidad de los árbitros para llegar a una solución justa.

Pese a ello, esta es la norma de conflicto de leyes por defecto, en virtud del artículo 188 del *Restatement Second on Conflict of Laws* y -también- una “válvula de escape”. Esto pues, cuando se aplica correctamente, este enfoque puede ser adecuado cuando todos, o la mayoría de los factores de conexión, apuntan a la ley de una jurisdicción específica. Este fue el caso en un laudo no publicado dictado en Zurich, en el que los demandantes deseaban levantar el velo de una empresa italiana y responsabilizar al accionista único. Aunque el artículo 178(2) del Swiss Federal Act on Private International Law (“SPILA”) habría permitido la aplicación de la ley suiza, el tribunal arbitral determinó que la cuestión estaba significativamente conectada con la ley italiana: la supuesta Controlada era una sociedad constituida en Italia, donde tenía su sede principal, y el Controlador era un ciudadano italiano domiciliado en Italia. Por lo tanto, el tribunal arbitral sostuvo que la ley italiana aplicaba a la cuestión del levantamiento del velo, citando las conexiones significativas con dicha ley y el artículo 155 del SPILA (Otazu, 2018, pág. 54).

El enfoque de la relación significativa tiene la ventaja añadida de la flexibilidad, pues permite a las partes argumentar a favor de cualquiera de las alternativas de elección de ley que se han analizado y proponer conexiones relevantes adicionales.

Sin embargo, consideramos que esta opción resulta complicada, debido a que no existen directrices definitivas sobre qué ley está más estrechamente relacionada con la cuestión del levantamiento del velo societario, por lo que la discrecionalidad de los árbitros para determinar

la ley aplicable mediante este método es amplia. Si la intención del presente trabajo es ofrecer una solución clara a los asuntos del levantamiento del velo societario en el arbitraje, esta opción -aunque viable con buenos árbitros- no da una respuesta clara sobre la ley aplicable.

e) Nuestra posición: los principios internacionales sobre levantamiento del velo societario

Autoridades como Hanotiau (2020, pág. 88) y Born (2021, pág. 1556-1557) han sostenido que el levantamiento del velo debe evaluarse utilizando los principios aplicables al levantamiento del velo. Otros como Derains⁶⁹ sostienen que deben aplicarse los usos comerciales internacionales o la *lex mercatoria*⁷⁰ (Born, 2021, pág. 1557).⁷¹

Born (2021) señala que:

[i]t is artificial to select the law of any particular national jurisdiction to define those circumstances in which basic principles of fairness and good faith in international business dealings require disregarding a corporate identity conferred by national law and subjecting a party to an international arbitration agreement. **Rather, uniform international principles better achieve the purposes of the veil piercing doctrine, without materially interfering with the parties' expectations.** (pág. 1558)

En efecto, parecería ser que los principios internacionales uniformes cumplen mejor los fines de la figura del levantamiento del velo societario, sin interferir materialmente con las expectativas de las partes.

La disciplina del Derecho Internacional Privado no ha sido ajena a la aplicación de principios internacionales en determinadas materias. Como explican Delgado, Delgado y Candela, la aplicación de principios es metodológicamente válida. Específicamente señalan que esto ocurre

⁶⁹ “This is also confirmed by Yves Derains who submits that there is a *lex mercatoria* on piercing the corporate veil.” (Hanotiau, 2020, pág. 88)

⁷⁰ Born citando el laudo del caso CCI No. 8385 señala que debe utilizarse la ley que corresponda de mejor manera a las necesidades la comunidad commercial internacional y las expectativas de las partes para producir soluciones uniformes y razonables a una disputa (Born, 2021, pág. 1557).

⁷¹ Coincidimos con Otazu (2018, pág. 49) cuando señala que, aunque los conceptos de Principios Internacionales y Principios Generales se pueden distinguir, se deben analizar conjuntamente porque -además de utilizarse a menudo indistintamente pro la doctrina y jurisprudencia- tienen idénticas justificaciones: promover la uniformidad y rechazar la aplicación de un único ordenamiento jurídico.

cuando exista una comunidad de principios de Derecho material que permita la creación de un nuevo derecho sustancial material requerido precisamente por las exigencias del tráfico internacional (2012, pág. 55).

Para esta aplicación, la decisión del caso First National City Bank de la *United States Supreme Court* es bastante ilustrativa. En este caso un banco cubano de propiedad estatal, el Banco Para el Comercio Exterior de Cuba (“Bancec”), había presentado reclamo respecto de un *letter of credit* emitido por el First National City Bank que no había sido pagado. La corte accedió a la petición del demandado de levantar el velo de Bancec y desestimó el cobro del *letter of credit*.

La Corte determinó que Bancec no era más que un instrumento del Gobierno de Cuba, y que la cantidad reclamada podía compensarse con la cantidad pendiente de pago adeudada al demandado tras la incautación de sus propiedades por el Gobierno cubano. Para determinar qué ley aplicaba al para el levantamiento del velo, la corte sostuvo que la doctrina de los asuntos internos, que señala que debe aplicarse la ley del estado de constitución, era inaplicable porque no está pensada para regir los derechos de terceros ajenos a la sociedad. La corte decidió que los pedidos de levantamiento del velo deben evaluarse utilizando los principios internacionales del derecho y los principios de equidad reconocidos internacionalmente.

Otra mención a principios internacionales o a una *lex mercatoria* sobre levantamiento del velo, se da en el contexto de la Opinión disidente del Primer Laudo Parcial del Caso Bridas (ICC Case No. 9058/FMS/KGA): “65. Similarly, **if lex mercatoria on piercing the corporate veil were to be regarded applicable**, there would appear insufficient grounds for holding the Government bound by the Joint Venture Agreement and its arbitration clause.”

Ahora, la citada sentencia del First National City Bank c. Bancec tiene un defecto evidente: no indica qué principios internacionales permiten el levantamiento del velo (Otazu, 2018, pág. 50). Sin embargo, un laudo privado de la CCI de 1995 que abordaba una cuestión de la ley aplicable al asunto del levantamiento del velo, sí lo hace. En este laudo se analizaron tres leyes potencialmente aplicables y se decidió que debían aplicarse los principios internacionales del derecho (equivalentes, para los árbitros, a la *lex mercatoria*). Según Otazú (2018, pág. 50) al citar el caso, este enfoque presenta numerosas ventajas: permite decisiones uniformes, permite tener en cuenta las necesidades del comercio internacional y permite al árbitro, o al juez, favorecer una solución justa y pragmática.

Adicionalmente, se podría señalar que este enfoque suele adaptarse mejor a las expectativas de las partes. Ello pues ofrece una explicación de lo que los árbitros consideraron estándares jurídicos internacionales para el levantamiento del velo: dominio significativo de la subsidiaria por parte de la matriz y algún tipo de conducta ilegítima por parte de la subsidiaria promovida por la empresa matriz.

Como explican Landbrecht y Wehowsky (2017, pág. 843), las cortes de los Estados Unidos han aplicado al asunto del levantamiento del velo los principios internacionales y la ley de incorporación. Ahora, los mismos autores señalan que en los casos en que se solicita la incorporación de un demandado, podría parecer justificado, con el fin de proteger sus expectativas legítimas, crear una norma de conflicto separada para la cuestión de la “extensión”, apuntando a una ley más próxima al demandado que al acuerdo de arbitraje⁷².

Habiendo desarrollado y analizado las posibles leyes aplicables al levantamiento de velo, somos de la posición de que la opción que se ajusta mejor al asunto es la de los principios internacionales sobre levantamiento del velo societario o la *lex mercatoria* sobre levantamiento del velo societario.

Para los objetivos que buscamos para la definición de la ley aplicable al asunto del levantamiento del velo, los principios internacionales se ajustan mejor sin interferir con las expectativas de las partes de uniformidad, predictibilidad y un estándar neutral que no dé lugar a una incorporación bajo estándares muy laxos o una injusticia ante la imposibilidad de aplicación de la figura del levantamiento del velo (Born, 2021, pág. 1558).

Nuestra posición ya ha sido adoptada por tribunales arbitrales de la CCI, en los que se ha reconocido que los árbitros a menudo deciden los asuntos de alcance subjetivo del convenio arbitral, y en particular los asuntos de levantamiento del velo, que tienen un elemento transfronterizo, mediante la aplicación de principios jurídicos transnacionales y que es legítimo que lo hagan:

⁷² Para los autores, dicha ley (nivel sustantivo) puede ser la ley aplicable del lugar de constitución (*lex incorporationis*), en el lugar de los negocios, en el lugar de residencia o en la residencia habitual del Controlador. Pero también puede ser otra ley, la que regule la relación entre el Controlador y una de las partes del acuerdo de arbitraje (Controlado). Como ya señalamos en este capítulo, no consideramos que resulte adecuada la ley de constitución.

It appears from the record that there is broad agreement between the parties concerning the **rules of law applicable to the issue of the extension of the arbitration clause to a non-signatory, including the issue of whether the corporate veil should be pierced in a particular case.** In support of their positions, the parties have submitted detailed and extensive legal opinions of prominent law professors and leading arbitration practitioners. **All of them agree that international arbitrators often decide this issue in cases with a cross-border element through the application of transnational legal principles and that it is legitimate for them to do so,** although there are differences among the experts with respect to the importance to be accorded such principles in respect of possible corporate veil-piercing. (Énfasis agregado) (ICC Case No. 14208 and 14236, 2013)

Si bien existen críticas relacionadas a que la falta de definición del contenido de estos principios internacionales no promovería predictibilidad para las partes (Otazu, 2018), consideramos que dicha contingencia puede ser superada ya que, como desarrollamos en el Capítulo II del presente trabajo, sobre la base de los principios internacionales o la *lex mercatoria*, se pueden construir los requisitos y estándares para el levantamiento del velo societario en el arbitraje. Ello ha sido desarrollado en el presente trabajo.

Esta respuesta es compatible con la Ley Modelo y la Ley Peruana de Arbitraje, toda vez que ambas admiten la aplicación de reglas de derecho y principios.

Ley Modelo	Ley Peruana de Arbitraje
<p>Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio</p> <p>1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al</p>	<p>Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia.</p> <p>[...]</p> <p>2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se</p>

<p>derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.</p> <p>2) <u>Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.</u></p> <p>[...]</p> <p>4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y <u>tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.</u></p>	<p>refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. <u>Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.</u></p> <p>[...]</p> <p>4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y <u>tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.</u></p>
--	---

Siendo ello así, y toda vez que la aplicación de los principios internacionales en el ámbito del arbitraje internacional nos permite arribar a una respuesta uniforme, la línea de casos de la CCI refleja una práctica comercial internacional que promueve predictibilidad acerca de estándares más claros y razonables, sin alejarse de las expectativas de las partes. Por ello, consideramos que los principios internacionales o *lex mercatoria* sobre el levantamiento del velo societario deberían ser aplicados para este asunto.

Adicionalmente, esta uniformidad no impacta la expectativa de las partes. Esto porque, a diferencia de la ley aplicable al contrato o la ley del convenio arbitral, los principios internacionales sobre el levantamiento del velo no están diseñados para asuntos específicos de la transacción o del procedimiento arbitral, sino específicamente para la figura del levantamiento del velo societario en sí misma.

Esta propuesta -además- nos permite tener predictibilidad, eficiencia y evitar problemas que podrían variar en cada jurisdicción.

Por último, independientemente de que la problemática de la ley aplicable y el análisis aquí desarrollado solo se manifiesta en el arbitraje internacional, esto no significa que los principios internacionales sobre levantamiento de velo o “*lex mercatoria* sobre levantamiento de velo” no puedan ser tomados como una buena referencia en arbitrajes domésticos.

Es cierto que en los arbitrajes domésticos aplicará el ordenamiento nacional (de la sede del arbitraje), pero como hemos desarrollado en el Capítulo I del marco conceptual, las legislaciones nacionales no suelen tener una regulación específica y clara sobre el levantamiento del velo. Siendo ello así, como bien señala Brödermann (2023) pueden aplicarse los principios internacionales, como complemento de la legislación nacional en la medida en que no resulten incompatibles con esta.

B. El procedimiento arbitral y los asuntos relevantes a tener en consideración respecto del levantamiento del velo societario

Ahora, resulta importante contextualizar el análisis del levantamiento del velo en un procedimiento arbitral, en el que surgen diferentes asuntos en el marco del procedimiento. Es por ello que, en el presente acápite, desarrollaremos algunos conceptos del procedimiento arbitral que resultan pertinentes analizar para aterrizar nuestra propuesta a la práctica.

1. La solicitud de incorporación de la parte adicional y la notificación de esta

Un primer paso procedimental necesario, es la notificación de aquel a quien se desea incorporar al arbitraje, a pesar de no haber suscrito el convenio arbitral. El momento en el cual se debe incorporar a un “no signatario”, o incluso a un nuevo demandado en un proceso arbitral, ha causado un importante debate en la doctrina y casuística arbitral.

Esto porque, a diferencia de los procesos ante cortes nacionales, el arbitraje es un mecanismo de resolución que depende del consentimiento y, por ende, la presencia de todas las partes en cada etapa del proceso arbitral es relevante para poder garantizar un ejercicio completo de la defensa, lo que incluye la designación de árbitros y la participación en el establecimiento de las reglas aplicables al proceso.

Bajo esta visión, el momento de incorporación de la parte adicional debería realizarse necesariamente antes de la conformación del tribunal arbitral, lo cual limita la posibilidad de notificar más adelante en el proceso la incorporación de una parte adicional, incluso si los motivos para dicha incorporación fuesen evidentes sólo después de la presentación de la demanda.

Las últimas modificaciones al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional publicadas en 2021, aclaran y amplían los supuestos en los cuales podría solicitarse la incorporación de una parte adicional, incluso después de la constitución del tribunal arbitral:

Under the 2017 Rules, joinder of additional parties was permitted only with the consent of all parties and before the constitution of the arbitral tribunal. The new Article 7(5) allows an arbitral tribunal, once constituted and upon a party's request, to join a third party even where there is no universal consent.

The provision applies "subject to the additional party accepting the constitution of the arbitral tribunal and agreeing to the Terms of Reference, where applicable." When deciding, the arbitral tribunal must also consider "all relevant circumstances", including (i) whether the arbitral tribunal has prima facie jurisdiction over the additional party, (ii) the timing of the request, (iii) possible conflicts of interests, and (iv) the procedural impact of the joinder. Further, under the new Article 7(5), "any decision to join an additional party is without prejudice to the arbitral tribunal's decision as to its jurisdiction with respect to that party." Accordingly, despite satisfying the prima facie jurisdiction test, a successful joinder application may be subject to further jurisdictional challenges before the arbitral tribunal, including from the joined party. (White & Case, 2020)

Si bien no se limita la solicitud de incorporación de una parte adicional a un determinado momento, queda claro que la etapa en la que se presente la solicitud de incorporación debe permitir que la parte adicional ejerza su derecho de defensa de manera equitativa con las demás partes. La posibilidad de incorporación en etapas posteriores a la constitución del tribunal arbitral, queda a discreción de dicho tribunal, pues la regla indica que: "al decidir sobre dicha Solicitud de Incorporación, el tribunal arbitral tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes [...]". En definitiva, los tribunales no solo analizarán si *prima facie* tienen competencia sobre dicha parte adicional, sino también si la etapa del proceso en la que se encuentre permite a aquella parte ejercer su derecho de defensa.

Ahora, bajo el entendimiento de que en el levantamiento del velo societario las demandadas son consideradas la misma parte, cabe preguntarse en qué medida esto impacta en el desarrollo y garantías procesales de cada una de las personalidades jurídicas involucradas en el arbitraje.

En nuestra opinión, las demandadas (Controladora y Sociedades Controladas) deben poder ejercer su derecho de defensa separadamente. Ello pues, incluso si un tribunal arbitral desestimara la personalidad jurídica de estos respecto del convenio arbitral y del contrato, dichas decisiones no extinguen la personalidad jurídica ni la despoja de derechos constitucionalmente reconocidos como el derecho de defensa. Como se ha evidenciado en la práctica arbitral uniforme, los tribunales arbitrales no dejan de notificar separada y oportunamente a cada una de las partes, para garantizar el ejercicio de su derecho de defensa.

2. Conformación del Tribunal Arbitral

En el acápite inmediatamente anterior, explicamos qué ocurre cuando una parte es notificada con la solicitud de incorporación con su incorporación con posterioridad a la conformación del tribunal arbitral. Ahora bien, aun cuando las partes sean notificadas antes de la conformación del tribunal arbitral, la multiplicidad de partes puede complicar el proceso de designación de árbitros.

Tradicionalmente cuando existe más de un demandado y el acuerdo de las partes se remite a un panel de tres árbitros, los demandados deben llegar a un acuerdo y designar entre todos a un solo árbitro.

Sin embargo, este escenario se modificó con el destacado caso BKMI Industrienlagen GmbH (en adelante, “BKMI”) & Siemens AG (en adelante, “Siemens”) c. Dutco Construction Co. (Private) Limited (en adelante, Caso Dutco) (1992), en el cual la Corte de Casaciones de Francia anuló el laudo dictado en el caso CCI No. 5836 (1989) por una indebida constitución del tribunal arbitral. Esto pues BKMI y Siemens alegaron que habían sufrido un trato inequitativo en la etapa de designación de árbitros pues, mientras que Dutco pudo designar a un árbitro, ellas habrían tenido que realizar una designación común, a pesar de que sus intereses en el caso no estuvieran alineados.

Para la Corte de Casaciones francesa, esta obligación de designación conjunta violaba la igualdad entre las partes. La Corte, además, consideró que la igualdad entre las partes en la designación de árbitros forma parte del orden público y, en consecuencia, tampoco es posible renunciar al derecho de designación.

Este pronunciamiento tuvo una respuesta a nivel institucional pues, a partir de él, la Cámara de Comercio Internacional incluyó un nuevo mecanismo de designación en caso de arbitrajes con multiplicidad de partes en su Reglamento de Arbitraje de 1998, en los siguientes términos:

Artículo 12

6. En el caso de multiplicidad de demandantes o de demandadas, si la controversia hubiere de someterse a la decisión de tres árbitros, las demandantes, conjuntamente, y las demandadas, conjuntamente, deberán designar un árbitro para confirmación según lo previsto en el Artículo 13.

[...]

8. A falta de designación conjunta según lo previsto en los Artículos 12(6) o 12(7) y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, **la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designará a uno de ellos para que actúe como presidente.** En estos casos, la Corte quedará en libertad de escoger a cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del Artículo 13.

9. **No obstante cualquier acuerdo de las partes** sobre el método de constitución del tribunal arbitral, **la Corte podrá, en circunstancias excepcionales, nombrar a cada miembro del tribunal arbitral a fin de evitar un riesgo considerable de trato desigual e injusto que podría afectar la validez del laudo.**

Así, frente a la falta de acuerdo, el centro arbitral tendría que designar, no sólo al árbitro de los demandados, sino también del demandante. De esta manera, no se genera un escenario de inequidad entre las partes en la designación. Como rescata Voser (2009, pág. 363) luego de la incorporación de este mecanismo en el Reglamento de la CCI, muchas otras instituciones arbitrales siguieron esta tendencia incorporando provisiones y mecanismos que protegieran al proceso de incurrir en una causal de nulidad como la del Caso Dutco. Cabe mencionar, que el

Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima⁷³ y el Reglamento de la Cámara de Comercio de AMCHAM-Perú⁷⁴ también tienen provisiones bastante similares a las de la CCI.

Ahora, como mencionamos, en el Caso Dutco (1992), BKMI y Siemens argumentaron que compartir una designación de árbitro a pesar de que su posición en el arbitraje no estuviera alineada resultaría inequitativo. Algunos centros arbitrales le han dado importancia a este punto y han considerado que las protecciones al Caso Dutco aplican solo cuando la posición de los demandados no estuviera alineada en el arbitraje. Voser explica algunos ejemplos:

Interestingly, the institutions differ on how much flexibility they allow themselves when multiple parties on one side cannot agree on one arbitrator. While the ICC Rules (Art. 10(2)) and the Swiss Rules (Art. 8(5)) state that in this case the institution “may” appoint all the members of the panel, (119) others, like the Rules of the London Court of International Arbitration (the LCIA Rules) (Art. 8(1)), the DIS Rules (Sect. 13.2) or the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC Rules) (Art. 13(4)), formulate this as an obligation of the institution. For the reasons mentioned below in *Category 1*, **where the multiple parties have common interests, the institutions should have full flexibility, which includes nominating only the arbitrators on the multiple respondents' side and maintaining the nomination right of the claimant (or the joint nomination by multiple claimants)**⁷⁵.

Esta lógica es la que se aplica en el levantamiento del velo. Como hemos explicado, como efecto del levantamiento del velo, los demandados son en términos sustantivos la misma parte. En definitiva, ello implica que sus intereses en el arbitraje estén alineados y, como consecuencia, carece de sentido aplicar lo determinado en el Caso Dutco (1992).

Esto es aún más evidente en el caso del levantamiento del velo, pues bajo esta teoría se concluye que nos encontramos ante “la misma parte”⁷⁶. En ese sentido, es completamente razonable que

⁷³ Artículo 13 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

⁷⁴ Artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de AMCHAM-Perú.

⁷⁵ En nuestra opinión, ambas posturas son viables jurídicamente y la respuesta más adecuada dependerá de la importancia que le otorgue cada jurisdicción a la elección del árbitro como elemento esencial del derecho de defensa.

⁷⁶ Como hemos señalado anteriormente, el efecto del levantamiento del velo societario en el convenio arbitral es desestimar la personalidad jurídica y volver a las partes un mismo centro de imputaciones que verifica el consentimiento de arbitrar de las demandadas. Siendo que las demandadas son consideradas un mismo centro de imputaciones respecto al convenio arbitral, naturalmente lo son respecto de las obligaciones y derechos que provienen de él. En tanto el derecho de designar a un árbitro proviene del propio convenio arbitral, deberán ser entendidos como la misma parte también en la designación de su árbitro.

la designación de árbitro realizada por uno, debería también suponer la designación del otro pues, como hemos explicado en el Capítulo III (cuando analizamos el consentimiento), representan una misma voluntad.

3. Competencia del tribunal arbitral: decisión *prima facie* y laudo parcial

Las decisiones *prima facie* se definen en el arbitraje internacional, como “an expression used to describe the test of first impression in international adjudication” (Navarro Darío, 2023).

Como parte del análisis de su propia competencia, los tribunales arbitrales necesitan adoptar una decisión *prima facie* de jurisdicción respecto de la parte adicional que se pretende incorporar al proceso, para poder continuar con el arbitraje sin necesidad de resolver en una oportunidad inicial en la que no existe aun información suficiente la objeción de aquella parte que se resiste a la competencia del tribunal arbitral. Esto pues el tribunal no podría ejecutar las actuaciones necesarias sin haber establecido, siquiera provisionalmente, su competencia sobre la totalidad de partes del proceso.

En esta línea, la CCI incorporó en las modificaciones de su Reglamento 2021, la posibilidad de un pronunciamiento *prima facie* sobre la competencia del tribunal.

Artículo 7 inciso 5

Al decidir sobre dicha Solicitud de Incorporación, el tribunal arbitral tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes, **tales como si el tribunal arbitral tiene, *prima facie*, jurisdicción sobre la parte adicional**, el momento en que se efectuó la Solicitud de Incorporación, posibles conflictos de intereses y los efectos de la incorporación sobre el procedimiento arbitral. **Toda decisión de incorporar una parte adicional setomará sin perjuicio de la decisión del tribunal arbitral sobre su jurisdicción con respecto a dicha parte.**

Así, queda claro que mediante esta modificación del artículo se incorporó de manera expresa que el tribunal arbitral puede adoptar una decisión *prima facie* cuando se trata de una parte adicional, sin perjuicio de la decisión final de jurisdicción. Esta práctica nos parece necesaria, pues alivia al tribunal arbitral de resolver sobre su competencia de manera prematura.

Las decisiones *prima facie* permiten a los tribunales arbitrales adoptar una decisión preliminar sobre su jurisdicción, con la finalidad de poder avanzar en el proceso y reservar una decisión acerca de su competencia para el momento en el que una decisión final a mayor consciencia y con mayor información cuando las partes hayan podido desarrollar sus posiciones a mayor profundidad.

Como recoge Park al analizar las ventajas de las decisiones *prima facie* sobre competencia, esta oportunidad es importante, porque la materialización del efecto del *kompetenz-kompetenz* se da precisamente cuando “es el tribunal quien tiene la primera palabra” (2015, pág. 16).

Sin embargo, esta disposición necesaria aún no ha sido del todo incorporada en el Perú. De los centros arbitral más representativos, solo ha sido incorporada por el Centro de Arbitraje de Amcham-Perú⁷⁷. Aún se encuentra pendiente su inclusión en otros centros arbitrales de importancia, como la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Arbitraje de la PUCP. En nuestra opinión, para que una decisión respecto al levantamiento del velo, pueda realizarse sin mayores obstáculos, debe incluirse la posibilidad de que el tribunal arbitral puede emitir una decisión *prima facie* sobre acerca de su competencia.

Ahora bien, el análisis *prima facie* constituye solo una decisión preliminar, porque el tribunal arbitral debe deberá adoptar una decisión definitiva sobre su competencia que no necesariamente deberá esperar al laudo final, sino que podrá emitirla mediante un laudo parcial.

Como explica el Informe de la CCI sobre el control del tiempo y de los costos en el arbitraje: “El tribunal arbitral debe considerar, o las partes podrían acordar, bifurcar el procedimiento o el pronunciamiento de laudos parciales, **cuando se espere que ello verdaderamente puede resultar en una resolución más eficiente del caso**” (CCI, 2018, pág. 11) (Énfasis agregado).

Bajo esta premisa de conducción eficiente del proceso, se ha desarrollado la tendencia importante de resolver las cuestiones jurisdiccionales en un laudo parcial. Si bien el orden natural del proceso arbitral llevaría a considerar que las cuestiones de jurisdicción preceden a las cuestiones de fondo, como ya describía Bullard, en la práctica existe una incomodidad en el levantamiento de velo societario:

⁷⁷ Artículo 17 del Reglamento de Arbitraje AMCHAM-Perú.

[...] al inicio del arbitraje, **aún no se han actuado las pruebas, con lo que es difícil saber si corresponde o no levantar el velo e incorporar a la persona en cuestión como parte.**

Por eso los árbitros suelen verse forzados a tomar la decisión de asumir provisionalmente competencia hasta poder determinar en el laudo si existe o no los elementos para levantar el velo. En ese momento recién está claro que es competente y que puede relativizar el principio de responsabilidad limitada. (Bullard, 2012, pág. 36)

Si bien el objetivo de esta investigación es establecer requisitos claros para el levantamiento del velo societario en el arbitraje que permitan que este pueda ser ejecutado con mayor facilidad, no es posible ignorar que en cualquier arbitraje no es solamente en base a los principios legales que se decide el propio levantamiento de velo. Como reconocen Blackaby, Constantine y Redfern entre el 60%-70% de arbitrajes se resuelven en base a hallazgos fácticos y no solo la aplicación de principios legales (2009, pág. 384).

En ese contexto, la preocupación que levanta Bullard se vuelve aún más relevante, pues las actuaciones probatorias que requieren para dichos efectos la realización de audiencias, sí pueden ser esenciales para que el tribunal arbitral pueda adoptar una correcta e informada decisión respecto a su jurisdicción.

Algunos autores como Quintanilla han centrado su preocupación sobre la viabilidad de emitir laudos parciales para el levantamiento de velo, cuando en la práctica se requiere de una importante actuación de pruebas antes de la adopción de una decisión definitiva:

Si bien el tribunal arbitral puede emitir un laudo parcial para resolver las excepciones de jurisdicción en cualquier etapa del arbitraje, **pareciese que la complejidad del análisis sobre el levantamiento del velo dificulta que una decisión sobre la competencia del tribunal sea brindada en un momento diferente al laudo final.** Esta característica se genera a causa de la relevancia fundamental de las pruebas para generar convicción en el tribunal sobre la extensión del pacto arbitral al no signatario. (2020, pág. 214) (Énfasis agregado)

Sin perjuicio de que no consideremos que la Controladora sea una parte “no signataria”, sino una verdadera parte del convenio, la preocupación de Quintanilla se mantiene: la complejidad

de los requisitos necesarios para el levantamiento del velo dificulta la emisión de un laudo parcial.

A nuestro parecer, estas reflexiones son correctas, porque evidencian el problema mayor que veníamos advirtiendo desde el Capítulo II. El aplicar el levantamiento del velo como una figura que requiere de un método distinto en el convenio arbitral y en el contrato genera un importante problema metodológico. La desvinculación entre ambos para el levantamiento del velo no es funcional, y evidencia de ello es que, incluso cuando se pretende separar los análisis en dos, no termina siendo posible desvincular la forma del fondo. Los requisitos y estándares para el levantamiento del velo “respecto al convenio arbitral” son los mismos aplicables al fondo y los hechos sobre los que se fundamenta su aplicación también son los mismos para el convenio arbitral como para el contrato. En consecuencia, el levantar el velo en un laudo parcial se siente como un “adelanto de opinión en el fondo” (Quintanilla, 2020, pág. 211).

Bajo nuestra propuesta, si bien es necesario que se adopten dos decisiones, ambas tienen la misma base. Concordamos con Quintanilla (2020) en que, a diferencia del resto de otras teorías del consentimiento, el levantamiento de velo analiza requisitos sustancialmente de fondo. En nuestra opinión, es una figura que se caracteriza por tener un único método que permite al tribunal arbitral emitir una decisión sobre su competencia y una decisión sobre la responsabilidad en el fondo.

Ahora bien, ¿esto significa que no es posible la emisión de un laudo parcial? La respuesta es que no. Existen algunos supuestos bajo los cuales será eficiente y viable la emisión de un laudo parcial.

Como explicamos en el Capítulo II, los requisitos para el levantamiento de velo desarrollados son concurrentes. Es decir, si se confirma que no se cumple con alguno de ellos, automáticamente puede desestimarse el pedido de levantamiento del velo. En estos casos amerita o es factible, la emisión de un laudo parcial que rechace la incorporación de la parte adicional en base al levantamiento del velo.

El obstáculo de no poder emitir un laudo parcial en cualquier caso no es extraño al arbitraje. Ya desde 1985, la Comisión de UNCITRAL advertía:

11. Las objeciones opuestas a la competencia del tribunal arbitral afectan las bases mismas del arbitraje. Las cuestiones de competencia preceden, pues, a las cuestiones de fondo y de ordinario se resuelven antes en una decisión independiente, a fin de evitar posibles pérdidas de tiempo y costas. Sin embargo, **en algunos casos, en particular cuando la cuestión de competencia está entrelazada con el asunto de fondo, tal vez sea adecuado combinar la decisión sobre la competencia con una resolución parcial o completa sobre el fondo del asunto** (UNCITRAL, 1985, pág. 129).

4. El análisis de responsabilidad

Pese a que esta tesis está centrada en el levantamiento del velo societario con enfoque en el arbitraje, no podemos negar que el objetivo de demandar a una parte adicional en el arbitraje no es solo su incorporación en el proceso, sino poder responsabilizarla en el fondo por las obligaciones que pretendía evitar. De lo contrario, la incorporación al proceso arbitral sería infructuosa.

Cuando los árbitros realizan un doble análisis con distinta metodología para levantar el velo societario respecto del convenio arbitral y respecto al contrato, se enfrentan a esta cuestión, pues el haber hallado consentimiento en el convenio arbitral, no les permitiría por sí solo quebrar la relatividad contractual del contrato en el cual está contenido el convenio arbitral.

Lo cierto es que la casuística arbitral peruana no ha resuelto esta problemática de la mejor manera. Nos remitimos al análisis del Caso Arbitral No. 354-2016-CCL y el Caso Arbitral No. 0338-2016-CCL realizado en el Capítulo II, en el que explicamos la necesidad de que el levantamiento del velo siga un mismo método respecto del convenio arbitral y el contrato. Por ello, consideramos que es correcto el proceder del Caso TSG, cuando consideró que el levantamiento del velo societario se realizaba bajo un mismo método para verificar la competencia del tribunal arbitral y, luego, para atribuir responsabilidad solidaria.

Consideramos que es importante que los tribunales arbitrales consideren, respecto del levantamiento del velo, el método aplicado para incorporar al arbitraje debería ser el mismo al aplicado para romper la relatividad contractual. Ello se puede evidenciar en un caso de anulación de laudo, en el cual no se levantó el velo respecto del convenio arbitral, pero sí se

levantó el velo para la aplicación de responsabilidad solidaria en el fondo, sin una justificación particular para ello.

En la Sentencia de fecha 1 de octubre de 2015, emitida por la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Exp. No. 200-2014, Vena Resources Inc. solicitó la anulación del laudo arbitral emitido en favor de Empresa Minera los Qenuales S.A., sustentado en la causal prevista en el artículo 63 inciso 1 literales b) y c) de la Ley Peruana de Arbitraje, basadas ambas en una misma alegación de omisión de la debida motivación respecto de la declaración de solidaridad en el pago de la indemnización ordenada a una matriz y a sus subsidiarias, pues el laudo no establecía cuál era el acuerdo o disposición legal que hubiera previsto tal solidaridad. En otras palabras, la demanda de anulación se planteó en base a que se habría presumido responsabilidad solidaria en contrario a la disposición del artículo 1183 del Código Civil peruano, que señala que sólo la ley o el título de la obligación en forma expresa, pueden establecerla. En este caso, el tribunal arbitral había incorporado al arbitraje a las subsidiarias en base al artículo 14 de la Ley de Arbitraje por la teoría del *estoppel* o la doctrina de los actos propios, cuya motivación para ello fue la siguiente:

x) Pues bien; uno de los supuestos de incorporación al convenio arbitral de las “partes no signatarias” es el caso del *estoppel* o de la doctrina de los actos propios, que, según señala Bullard significa que “si la conducta de una parte genera la legítima expectativa en la otra que está dispuesta a arbitrar, entonces, quedará sujeto a la obligación de hacerlo...”

xi) A juicio de este Tribunal, ese es el caso ante el cual nos encontramos en este arbitraje. Así, tal como se desprende de lo señalado en los acápites anteriores, Azulcochamining contestó la demanda arbitral y actuó a lo largo del proceso sin oponerse en forma alguna a su participación en este arbitraje, despertando en LQ la legítima confianza de que aceptaba someterse a efectos de este arbitraje sin objeción alguna.

Bajo esta lógica, a nuestro parecer, el tribunal arbitral estaría construyendo una teoría del consentimiento únicamente relacionada a la voluntad de arbitrar. Sin embargo, ello no es suficiente para quebrantar la relatividad contractual con respecto a otras obligaciones del

contrato. A pesar de ello, inmediatamente después, argumenta que esta es su motivación para también quebrantar la relatividad contractual:

xii) No obstante lo anterior, cuando se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales (más de dos años después de iniciado el presente arbitraje) Azulcochamining señaló que de acuerdo con la teoría de la relatividad de los contratos y al no haber suscrito ni el CM ni el PA, no tendría por qué verse afectada por lo que dispusiera el Tribunal Arbitral en el laudo. Es por ello que este Tribunal considera que, en aplicación de la doctrina de los actos propios, derivada del Principio de Buena Fe, Azulcochamining debe responder solidariamente con Vena por el daño ocasionado a LQ como consecuencia del incumplimiento del CM, al ser parte no signataria.

Esto no es correcto. Si el tribunal utiliza una teoría de incorporación únicamente relacionada al consentimiento a arbitrar, ello no puede representar una consecuencia automática en el fondo de la controversia. En este caso, la Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima consideró que el laudo adolecía de falta de motivación pues:

[A] criterio de este Colegiado, del razonamiento esbozado no se desprende un análisis explícito de la regla jurídica sobre la solidaridad, contenida en el artículo 1183 del Código Civil que fue expresamente invocado por AZULCOCHAMINING (Exp. N° 200-2014 y 209-2014).

Como consecuencia, la Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró parcialmente nulo el Laudo:

En consecuencia, se DECLARA PARCIALMENTE NULO (con reenvío) el laudo arbitral de derecho en mayoría contenido en la resolución número 102 de fecha 14 de mayo de 2014, UNICAMENTE en su Tercer punto resolutivo, que resuelve:

“Tercero: Declarar Parcialmente Fundada la Pretensión Accesorias a la Pretensión Condicionada a la Pretensión Autónoma y por tanto ordenar a Vena Resources Inc., Vena Perú S.A. y Azulcochamining S.A. a pagar solidariamente a LQ una indemnización por daño emergente de dos millones trescientos cuarentidós mil noventidós y 51/00 dólares de los Estados Unidos de América (US \$2'342,092.51).”
(resaltado agregado)

En nuestra opinión, estos errores se materializan a partir de la errada concepción de que el levantamiento de velo tiene un método distinto respecto al convenio arbitral y el contrato. Bajo nuestra propuesta, al ser un solo método, se podría evitar que exista una falta de motivación para aplicar responsabilidad solidaria luego de haber justificado el cumplimiento de los requisitos para levantar el velo societario respecto del convenio arbitral sobre la base de los mismos hechos.

Ahora bien, la sentencia de anulación comentada también da pie a cuestionarnos si, bajo nuestra teoría, el artículo 1183 del Código Civil peruano representa un impedimento para responsabilizar a quien se incorpora en el fondo. La respuesta es que no.

La responsabilidad solidaria como consecuencia del levantamiento del velo societario no es contraria a las normas de nuestro ordenamiento, en concreto, a la disposición del artículo 1183 del Código Civil peruano en el que se señala que la responsabilidad solidaria no se presume, sino que se establece por ley o por contrato. Ello, pues en los casos de levantamiento del velo no se presume la responsabilidad solidaria, este es, más bien, un efecto de la desestimación de la personalidad jurídica. Por ello, al ser los demandados un mismo centro de imputaciones, existe identidad entre ellos respecto a sus obligaciones. Dicha identidad se expresa mediante la responsabilidad solidaria en aquellas obligaciones.

Como bien ha reconocido la Primera Sala Civil Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la Sentencia de fecha 5 de marzo de 2013, recaída en el Exp. 451-2009:

[...] debemos señalar que dado que el Tribunal Arbitral ha considerado que **las empresas emplazadas en el proceso llevado en esa sede se han comportado respondiendo a una sola voluntad deben responder por las obligaciones demandadas también como una sola empresa.**

En efecto, el Tribunal sostiene que:

“...más que la llamada solidaridad citada por la jurisprudencia analizada es en realidad una consecuencia natural del levantamiento del velo. Al perforarse la personalidad jurídica se perfora también la limitación de responsabilidad. La consecuencia del develamiento es tratar a todas las empresas, formalmente distintas, como una sola” (véase a fojas siete mil setecientos veintiuno).

Por tanto, **no existe una indebida aplicación del artículo 1183 del Código Civil sino la constatación de un efecto natural del levantamiento del velo societario.**

Y es que la solidaridad para los casos del levantamiento del velo societario tampoco se aleja de la lógica de la regulación civil, pues cuando se establece responsabilidad vicaria sobre aquel que controla las acciones de otro, también se le vincula con responsabilidad solidaria⁷⁸. Lo mismo ocurre cuando más de uno es responsable por la generación del daño⁷⁹. En algunos casos del levantamiento del velo societario, también nos encontramos ante un sujeto que responde solidariamente por las acciones de aquella personalidad jurídica que controla.

Finalmente, la doctrina ha decantado por considerar, como expone Vidal Ramos, que debe aplicarse responsabilidad solidaria para los casos de levantamiento de velo, pues de lo contrario no se estaría brindando una verdadera tutela jurídica a aquella parte perjudicada (2023, pág. 49).

⁷⁸ Si bien el Código Civil peruano en el Art. 1981 regula la responsabilidad vicaria para este caso no la consideramos directamente aplicable porque esta forma parte del régimen de responsabilidad extracontractual.

⁷⁹ También ha sido utilizado por los tribunales arbitrales para este mérito el Art. 1983 del Código Civil peruano.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego del análisis expuesto a lo largo de esta investigación, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. El levantamiento del velo societario no es una figura de origen arbitral y, en consecuencia, sus requisitos deben ser adaptados a los principios y prácticas arbitrales para que su aplicación sea consistente.
2. Para perforar la personalidad jurídica, un tribunal arbitral debe verificar el cumplimiento de dos requisitos concurrentes: uno de control y otro de conducta.
3. Los estándares de los requisitos para levantar el velo se deben construir sobre la base de los principios internacionales del levantamiento del velo, a fin de uniformizar los requisitos y criterios.
4. Los tribunales arbitrales deben aplicar un mismo método para levantar el velo societario respecto de: (i) el convenio arbitral, a fin de verificar su competencia; y, (ii) el contrato, para determinar la responsabilidad de los demandados.
5. En aplicación del levantamiento del velo societario, se desestima la personalidad jurídica y, como consecuencia, las demandadas se vuelven un mismo centro de imputaciones. Es decir, son consideradas como la misma parte y el consentimiento expresado por una corresponde también a la otra.
6. En la medida en que el levantamiento del velo societario establece que una personalidad jurídica y otra son, en realidad, la misma parte, para su aplicación no se requiere del artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje, ni tampoco de la desformalización del convenio arbitral.
7. La ley aplicable al levantamiento del velo deben ser los “principios internacionales sobre levantamiento del velo”, que nos permite tener una respuesta uniforme, predecible y conforme a la práctica comercial internacional, que establece estándares más claros y razonables sin defraudar las expectativas de las partes.

Asimismo, a fin de que se implemente nuestra propuesta, planteamos las siguientes recomendaciones:

1. Recomendamos a los tribunales arbitrales incluir un análisis de ley aplicable con respecto al levantamiento del velo societario en sí mismo pues, de lo contrario, podrían presentarse las dificultades del paralelismo del doble análisis (convenio arbitral y contrato) descrito en la tesis.
2. Recomendamos a los tribunales arbitrales centrar su análisis en el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta tesis para levantar el velo societario. Estos son:

El requisito de conducta, que se cumple cuando nos encontramos frente a:

- (i) una omisión o una declaración que tenga por efecto inducir a error a la otra parte o falsear la verdad con el fin de eludir una norma u obligación; o,
- (ii) cuando la Matriz o Controladora haya realizado acciones para hacer imposible la restitución de la situación de la parte que solicita levantar el velo.

Y el requisito de control, que se cumple cuando se acredita que:

- (i) existen injerencias de la Controladora en la Controlada que se alejan del estándar comercial de control de una compañía; y,
- (ii) dicho control: (a) permite que se utilice a una sociedad para engañar a un socio comercial; y/o, (b) permite que se deje en tal estado a una Sociedad Controlada o la Controladora como para volver inútil cualquier recurso que se pueda plantear contra ella.

3. Recomendamos a los centros arbitrales establecer la potestad de los árbitros de emitir una decisión *prima facie* respecto a su competencia.
4. En el fondo, La responsabilidad solidaria debe motivarse como consecuencia del desconocimiento de una personalidad jurídica que permitía la limitación de responsabilidad. Recomendamos incluir una motivación al respecto en los laudos arbitrales para evitar contingencias que acarreen la anulación del laudo arbitral.

5. Recomendamos revisar que exista coherencia entre la teoría utilizada para la incorporación al arbitraje y la forma de atribución de responsabilidad en el fondo.

6. Recomendamos a los centros arbitrales incorporar en sus reglamentos arbitrales una regla de designación común de árbitro entre los demandados, en aquellos casos en los que se haya solicitado la incorporación de partes adicionales bajo la teoría del levantamiento del velo societario. Ello pues, bajo esta teoría, la designación de uno se entiende consentida por el otro.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y artículos

Álvarez, L. (1997). *Abuso de Personificación, Levantamiento del Velo y Desenmascaramiento*. Editorial COLEX.

Artieda-Aramburú, R. J. (2010). La doctrina del levantamiento del velo societario y su aplicación en el Perú. *Advocatus*, (22), 217-231. <https://doi.org/10.26439/advocatus2010.n022.4338>.

Bachand, F. (2006). 'Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?'. *Arbitration International*, 22(3), 463-476. <https://doi.org/10.1093/arbitration/22.3.463>.

Baetens, F. (2013). Procedural issues relating to shared responsibility in arbitral proceedings. *Journal of International Dispute Settlement*, 4(2), 319-341.

Besson, S. (2010). 'Chapter 8. Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track'. En B. Hanotiau y E. Schwartz (Eds.), *Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 7* (pp. 147-159). International Chamber of Commerce (ICC).

Bermann, G. (2023). *Twilight Issues in International Arbitration: Latent Choice of Law Challenges*. Kluwer Law International.

Blackaby, N., Constantine, P., & Redfern, A. (2023). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (7th Ed.). Oxford University Press.

Blackaby, N., Partasides, C. & Redfern, A. (2009). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (5th Ed.). Oxford University Press.

Blumberg, P. (1986). Limited Liability and Corporate Groups. *Faculty Articles and Papers*, 28, 574-631. https://opencommons.uconn.edu/law_papers/28

- Boldó, C. (1997). *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español* (2ª ed.). Editorial Arzandi S.A.
- Born, G. (2021). *International Commercial Arbitration* (3 ed.). Kluwer Law International.
- Brekoulakis, S. (2017). Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories. *Journal of International Dispute Settlement*, 8, 610-643. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idx012>.
- Brekoulakis S. (2016). 'Chapter 8: Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality'. En S. Brekoulakis, J. D. M. Lew, & L. A. Mistelis (Eds.), *The Evolution and Future of International Arbitration* (pp. 119-160). Kluwer Law International.
- Brekoulakis, S (2010). *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford International Arbitration Series.
- Bullard, A. (2012). ¿Y quiénes 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 (Ed.), *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* (pp. 21-44). Instituto peruano de arbitraje.
- Bullard, A. (2009). De acuerdo en que no estamos de acuerdo: análisis Económico de la Interpretación Contractual. *Revista Instituciones, Ideas y Mercados* (47),35-87. https://riim.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/47_2_gonzalez.pdf
- Bullard, A. (2006). Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Bullard, A., y Chan, A. (2007). ¿Es Clark Kent Superman?: la identidad secreta del gerente general. *Ius et Veritas*, 17(35), 92-106. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12286>
- Bullard, A., y Repetto, J. L. (2014). Charles Darwin y el Arbitraje. *Forseti*, 1(1), 112-128. http://159.203.123.197/media_forseti/revista-articulos/12.pdf

- Caivano, R. J. (2007). Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples. En J. Santistevan, C. Soto, F. Cantuarias, F. Kundmüller, P. Del Águila (Eds.), *Revista Peruana de Arbitraje N° 4* (pp. 65-120). Magna Ediciones.
- Caivano, R. J., y Zevallos, N. M. (2020). El principio Kompetenz-Kompetenz, revisitado a la luz de la Ley de arbitraje comercial internacional argentina. *THEMIS Revista de Derecho*, (77), 15-34. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.001>.
- Cantuarias, F. (2007). Recursos contra el laudo arbitral. *THEMIS Revista de Derecho*, (53), 43-55. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8847>.
- Cavieses, G., y Vega, R. (2022). Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías “no consensuales” de partes no signatarias en la legislación peruana. *Forseti*, 12(16), 7-36. <https://doi.org/10.21678/2312-3583>
- Cheng, T. (2011). The corporate veil doctrine revisited: comparative study of the english and the u.s. corporate veil doctrines. *Boston College International and Comparative Law Review*, 34(2), 329-412.
- Cheng-Han, T., Wang, J., y Hofmann, C. (2019). Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives. *Berkeley Business Law Journal*, 16(1), 140-204. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3254130>
- Clark, R. (1986). *Corporate Law*. Aspen Law & Business.
- Cooter, R., y Ullen, T. (2007). *Law & Economics* (5th ed.). Pearson.
- Cooter, R., y Ullen, T. (2008). *Derecho y economía* (2da ed.). FCE.
- Cremades, B. M. (2003). El convenio arbitral. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 18, 43-70.
- De Trazegnies, F. (2004). El rasgado del velo societario dentro del arbitraje. *Ius et Veritas*, 14(29), 12-22. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11485>.

- De Trazegnies, F. (2012). ¿Velo societario vs. Arbitraje?. En C. Soto (Ed.), *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* (pp. 97-112). Instituto peruano de arbitraje.
- Disregard of the Corporate Entity. (1978). *William Mitchell Law Review*, 4(2), 333-370.
<http://open.mitchellhamline.edu/wmlr/vol4/iss2/3>
- Fernández Rozas, J. C. (2006). El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. En Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar. (pp. 697-725) Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ferrario, P. (2009). The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?. *Journal of International Arbitration*. 26(5). 647-673.
- Gorra, D. (2019). Pragmatismo jurídico. En G. Lariguet, *Metodología de la investigación jurídica: Propuestas contemporáneas* (pp. 81-90). Editorial Brujas.
- Gaillard, E. (2019). El Espíritu de la Convención de Nueva York. *Revista del Club Español del Arbitraje*. (34). 9-17.
- Gaillard, E., y Savage, J. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Garner, B. (Ed.). (2006). *Black's Law Dictionary*. (3rd Pocket ed.). Thomson.
- Gillman, M., y Eade, T. (1995). The development of the corporation in England, with emphasis on limited liability. *International Journal of Social Economics*, 22(4), 20-32. DOI: 10.1108/03068299510084582
- Gonzalez de Cossio, F. (2008). *El Árbitro*. Editorial Porrua.
- Gower, L. C. B. (1953). The English Private Company. *Law and Contemporary Problems*, 18(4), 535-545. <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol18/iss4/6>

- Hanotiau, B. (2020). *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A Comparative Study* (2nd Ed.). Kluwer Law International.
- Halla, S. (2018). Non-signatories in International Commercial Arbitration: Contesting the Myth of Consent. *International and Comparative Law Review*, 18(2), 59-84. 10.2478/iclr-2018-0038
- Holtzmann, H. M., Neuhaus, J., Kristjansdottir, E., y W. Thomas. (2015). Interpretive Instrument on the New York Convention. En H. M. Holtzmann, J. Neuhaus, E. Kristjansdottir y Thomas W. (Eds.), *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (pp. 601-667). Kluwer Law International.
- Johnson, L. (2012). Law and legal theory in the history of corporate responsibility: corporate personhood. *Seattle University Law Review*, 35(4), 1135-1164. <https://ssrn.com/abstract=2070939>.
- Karton, J. (2015). The Arbitral Role in Contractual Interpretation. *Journal of International Dispute Settlement*, 6(1), 4-41.
- Kim, J. (2017). Applicable Law. En J. Kim (Ed.), *International Arbitration in Korea* (pp. 159-195). Oxford University Press.
- Krendl, C., y Krendl, J. (1978). Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry. *Denver Law Review*, 55(1). 1-59. <https://digitalcommons.du.edu/dlr/vol55/iss1/3>.
- Kryvoi, Y. (2010). Piercing the corporate veil in international arbitration. *Global Business Law Review*, 1, 169-186. <https://ssrn.com/abstract=1572634>
- Landbrecht, J., Wehowsky, A. (2017). Determining the Law Applicable to the Personal Scope of Arbitration Agreements and its “Extension”. *ASA Bulletin*, 35(4). 837-859.

- Lava Cavassa, C. (2012). La independencia del convenio arbitral y el competence-competence en el arbitraje comercial internacional. *THEMIS Revista de Derecho*, (61), 345-361. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9047>.
- Lefebvre, P., y De Meulemeester, D. (2018). The New York Convention: an autopsy of its structure and modus operandi. *Journal of International Arbitration*, 35(4). 413-438. <https://doi.org/10.54648/joia2018022>.
- Medina, F., y Fermín, M. (2012). Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje. En C. Soto (Ed.), *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* (pp. 85-96). Instituto peruano de arbitraje.
- Macey, J., y Mitts, J. (2014). Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil. *Cornell Law Review*, 100(1), 99-156. <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss1/2>.
- Marcantel, J.A. (2010). Because Judges Are Not Angels Either:1 Limiting Judicial Discretion by Introducing Objectivity into Piercing Doctrine. *Kansas Law Review* (59), 191-230.
- Morley, J. (2016). The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History. *Columbia Law Review*, 116(8). 2145-2198. <https://ssrn.com/abstract=2905724>.
- Núñez del Prado, F. (2021). The Fallacy of Consent: Should Arbitration Be a Creature of Contract?. *Emory International Law Review*, 35(2), 219-257. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol35/iss2/2>.
- Oh, P. B. (2013). Veil-Piercing Unbound. *Boston University Law Review*, 90, 89-137. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1925009>.
- Otazú, J. M. (2018). The Law Applicable to Veil Piercing in International Arbitration. *McGill Journal of Dispute Resolution*, 5(2), 33-58. <https://mjdr-rrdm.ca/s/415>.

- Park, W. W. (2008). Non-signatories and international contracts: An arbitrator's dilemma. *Boston University School of Law, Public Law Research Paper No. 17-27*. <https://ssrn.com/abstract=3018722>.
- Park, W. W. (2014). No Signatarios y el Arbitraje Internacional: El Dilema del Árbitro. *Forseti*, 1(1), 20-53. http://159.203.123.197/media_forseti/revista-articulos/8.pdf.
- Park, W. W. (2015). Challenging arbitral jurisdiction: The role of institutional rules. *Festschrift in Honor of Laurie Craig*, 15-40. https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/11.
- Piaggi, A. I. (2002). La historia detrás del moderno arbitraje. *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, 5, 84-98.
- Pimm, M. R. (2003). Jurisdiction over Non-Signatories to the Arbitration Agreement - Can Arbitrators Pierce the Corporate Veil?. *Asian Dispute Review*, 5(2), 5-9.
- Quintanilla, A. (2020). ¿Existe un levantamiento del velo jurisdiccional?: el levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral y como remedio de fondo. *THEMIS Revista De Derecho*, (77), 203-216. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.010>.
- Repetto, J. L., y Espejo, A. P. (2017). La Convención de Nueva York: antecedentes y objetivos. <https://doi.org/10.21678/2312-3583>.
- Saavedra, R. (2011). Breve Itinerario Acerca de las Teorías Civiles de la Personalidad Jurídica. Su Impacto en el Common Law y en el Levantamiento del Velo Societario. *Derecho & Sociedad*, (36), 277-289. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13234>.
- Saavedra, R. (2018). *Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica*. Jurista Editores.

- Schwarz, F. T. y Konrad, C. W. (2009). Article 15: Multi-Party Arbitration. En *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*. Kluwer Law International.
- Sifuentes, H. (1998). Algo sobre la nueva ley de la empresa: el levantamiento del velo jurídico. *THEMIS Revista de Derecho*, (38), 357-371. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10357>
- Smith, D. (2008). Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries. *BYU Law Review*, (4), 1169-1212. <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2008/iss4/3>
- Soto, C., y Bullard, A. (2011). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones - IPA.
- Vasallo, N. (2022). El desarrollo del Derecho Internacional Privado en el Perú. *Forseti*, 12(16), 63-80. <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1907>
- Villalba, J. C, y Moscoso, R. A. (2008). Orígenes y panorama actual del arbitraje. *Prolegómenos*, 11(22), 141-170.
- Tung, S. (2017). The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties' Due Process Rights. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 10(1), 113-132. <https://ssrn.com/abstract=2979139>.
- Trujillo Espinel, J. (2011). El abuso de la personalidad jurídica de las Sociedades Mercantiles y su desestimación. *Revista Jurídica Online de la Universidad de Guayaquil*. https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/99a150_el_abuso.pdf
- Waincymer, Jeff. (2023). 'Much Ado About ... The Law of the Arbitration Agreement: Who Wants to Know and for What Legitimate Purpose?'. *Journal of International Arbitration*, 40(4), 361 – 434. <https://doi.org/10.54648/joia2023016>.

Youssef, K. A. (2010). Chapter 4. The Limits of Consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-Signatories in Groups of Companies. En B. Hanotiau, y E. Schwartz (Eds.), *ICC Dossier No. 7: Multiparty Arbitration* (pp. 71-109), International Chamber of Commerce (ICC).

2. Investigaciones y reportes publicadas

International Chamber of Commerce (1999) 1998 Statistical Report. En: International Court of Arbitration Bulletin *10*(1).

International Chamber of Commerce. (2021). Dispute Resolution 2020 Statistics

International Chamber of Commerce Arbitration Commission. (2018). Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration

London Court of International. (2021). Arbitration Annual Casework Report 2020.

Queen Mary University of London and White & Case LLP. (2018). International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>

Annual Report 2020. (2021) Singapore International Arbitration Centre. https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2022/06/SIAC_Annual_Report_2020.pdf

3. Legislaciones

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Civil Peruano [CCP]. Decreto Legislativo No. 295. 24 de julio de 1984.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI] sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas aprobadas el 2006.

Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

4. Reglamentos arbitrales

Reglamento de Arbitraje de AMCHAM Perú (2021)

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021)

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2017)

Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (2020)

Reglamento de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2017)

5. Soft law

Principios UNIDROIT Sobre Los Contratos Comerciales Internacionales (2016).

6. Jurisprudencia arbitral

Caso CCI No. 10758. Partes confidenciales. Extracto de Laudo Final. (s.f.).

Caso CCI No. 14208 y 14236. Partes confidenciales. Extracto de Laudo Parcial. (s.f.).

Caso CCI No. 182751VR0/AGF. Oracle Financial Services Software, Inc. (f/k/a I-Flex Solutions Inc.) c. Eversystems Ltd. y Eversystems Informatica Comercio Representação Importação e Exportação Limitada. Extracto de Laudo Final. (16 de agosto de 2013).

Caso CCI No. 25952/HH. Polska Fundacja Narodowa c. Athlete Benefits Group LLC, Lamar D. Williams y Mark Stevens. Extracto de Laudo Final. (20 de octubre de 2021).

Caso CCI No. 3879/AS. Westland Helicopters Ltd c. Arab Organization for Industrialization, United Arab Emirates, Kingdom of Saudi Arabia, State of Qatar, Arab Republic of Egypt y Arab British Helicopter Company. Laudo parcial. (05 de marzo de 1984).

Caso CCI No. 4131. Dow Chemical France (France), The Dow Chemical Company (USA), Dow Chemical A.G. (Swiss) y Dow Chemical Europe (Swiss) c. Isover Saint Gobain (France). Laudo parcial. (23 de septiembre de 1982).

Caso CCI No. 8385. Partes confidenciales. Extracto del Laudo. (s.f.). En: Trans-lex. (s.f.) ICC Award No. 8385, Clunet 1997, at 1061 et seq. <https://www.trans-lex.org/208385>

Caso CCI No. 9762. Contractor A (Luxembourg) v. Ministry of Agriculture and Water Management of Z (Republic of Z), State Fund for Development of Agriculture of Z (Republic of Z). Laudo final (01 de enero de 2001).

Caso CCI No. 9058/FMS/KGA. Bidas S.A.P.I.C., Bidas Energy International. Ltd. y Bidas Corporation c. Turkmenistan, Concern Balkannebitgazsenagat y State Concern Turkmenneft. Primer Laudo Parcial. (25 de junio de 1999).

Caso CCI No. 9517. Partes confidenciales. Extracto de Laudo Parcial. (s.f.).

Caso CCL No. 1052-068-2008. TSG Perú S.A.C. c. Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Pesquera Chicama S.A.C., Procesadora Del Campo S.A.C. y Katamarán S.A.C. Laudo Final. (18 de marzo de 2009).

Caso CCL No. 354-2016-CCL. Partes confidenciales. Reseña del caso. (9 de mayo de 2018). <https://www.arbitrajeccl.com.pe/aao/Content/DownloadFileMK.ashx?file=CASO%20354-2016-CCL%20-%20RESUMEN.txt&f=0>

Caso CCL No. 0338-2016-CCL. Coelme SPA c. Ute Inabensa Abencor Machu Picchu-Tintaya (UTE), Instalaciones Inabensa S.A. Abencor Suministros S.A. y ATN 3 S.A. Laudo Final. (15 de abril de 2019).

7. Jurisprudencia judicial

Corte Superior de Justicia de Lima. Primera Sala Comercial. Sentencia del Exp. No. 00451-2009. (10 de agosto de 2010).

Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Comercial. Sentencia del Exp. No. 00200-2014. (1 de octubre de 2015).

Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Comercial. Sentencia del Exp. No. 00392-2019. (13 de septiembre de 2021).

Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Laboral. Sentencia del Exp. No. 7172-2006 BE(A). (8 de marzo de 2007).

Corte Suprema de Justicia de Perú. Sala Suprema Civil Transitoria. Sentencia de Casación No. 4624-2010. (19 de diciembre de 2011).

Cour de Cassation. Chambre civile 1. BKMI Industrieanlagen GmbH, Siemens AG v. Dutco Construction Co. (Private) Limited (7 de enero de 1992)

Court of Appeals of the State of New York. Grace E. Lowendahl, v. Baltimore And Ohio Railroad Company et al. (31 de diciembre de 1936). <https://casetext.com/case/lowendahl-v-baltimore-ohio-rr-co>

Court of Appeals of the State of New York. Minnie B. Berkey, v. Third Avenue Railway Company. (31 de diciembre de 1926). <https://casetext.com/case/berkey-v-third-avenue-railway-co-1>

Court of Appeal. England & Wales. Civil Division. Adams v. Cape Industries Plc. (27 de julio de 1989). En: Boldó, Carmen. *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español* (2ª ed.). (1997), Editorial Arzandi S.A.

Court of Appeal. England & Wales. D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets L.B.C. (4 de marzo de 1976). En: Boldó, Carmen. *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español* (2ª ed.). (1997), Editorial Arzandi S.A.

House of Lords. Aron Salomon v. A. Salomon and Company, Limited. (16 de noviembre de 1896). <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1896/1.html>

Supreme Court of California. Minton v. Cavaney. (5 de septiembre de 1961). <https://casetext.com/case/minton-v-cavaney>

Supreme Court of New York. Appellate Division, Second Department. John Walkovszky v. William Carlton. (6 de julio de 1965). <https://casetext.com/case/walkovszky-v-carlton-1>

Supreme Court of Texas. Joe A. Castleberry v. Byron Branscum et al. (02 de julio de 1986). En: Álvarez, Lorenzo. (1997). *Abuso de Personificación, Levantamiento del Velo y Desenmascaramiento*. Editorial COLEX.

Supreme Court of the United Kingdom. Prest v. Petrodel Resources Ltd. (12 de junio de 2013). <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2013/34.html>

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del Exp. No. 06167-2005-HC. (28 de febrero de 2006). <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/06167-2005-hc>

Tribunal Supremo de Suiza. Partes confidenciales. Sentencia del Caso 4A_160/2009. (25 de agosto de 2009). En: Voser, Nathalie y Richard, Petra. Effect on arbitration agreement of piercing the corporate veil. (2009), Thomson Reuters.

Tribunal Supremo Español. Sala Civil. Sentencia del Exp. No. 3610/2021. (5 de octubre de 2021).

United States Circuit Court. E.D. Wisconsin. United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co. et al. (28 de diciembre de 1905). <https://case-law.vlex.com/vid/united-states-v-milwaukee-890446018>

United States Court of Appeals. Federal Circuit. McCall Stock Farms, Inc. v. U.S. (23 de diciembre de 1993). <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/14/1562/613744/>

United States Court of Appeals. Fifth Circuit. Bidas S.A.P.I.C., Bidas Energy International, LTD., Intercontinental Oil and Gas Ventures, LTD., and Bidas Corp. v. Government of Turkmenistan, Concern Balkannebitg Azsenagat and State Concern Turkmenneft. (21 de abril de 2006). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8965.pdf>

United States Courts of Appeals. Sixth Circuit. Harris v. Youngstown Bridge Co. Louisville Trust Co. v. Same. Columbia Finance & Trust Co. v. Same. Gaulbert et al. v. Same. Central Thomson-Houston Co. v. Same. (31 March 1899). En: Boldó, Carmen. *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español* (2ª ed.). (1997), Editorial Arzandi S.A.

United States Supreme Court. Bank of United States v. Deveaux. (1809). En: Álvarez, Lorenzo. (1997). *Abuso de Personificación, Levantamiento del Velo y Desenmascaramiento*. Editorial COLEX.

United States Supreme Court. First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior De Cuba. (17 de junio de 1983).

8. Publicaciones diversas

Brödermann, E. (13 de septiembre de 2023) The Multiple Roles of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Arbitration. Kluwer Arbitration Blog. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/09/13/the-multiple-roles-of-the-unidroit-principles-of-international-commercial-contracts-in-arbitration/>

Global Arbitration Review (2021), Guide to Regional Arbitration. Costos arbitrales comparados. Recuperado de: <https://globalarbitrationreview.com/survey/the-guide-regional-arbitration/2021/article/arbitration-costs-compared>

Koh, M. (2016, marzo 25). Singapore court of Appeal: Prima facie standard for stay in favour of arbitration and arbitrability of minority oppression claims. Kluwer Arbitration Blog. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/25/singapore-court-of-appeal-affirms-prima-facie-standard-for-stay-in-favour-of-arbitration/>.

Legal Information Institute. (s.f). piercing the corporate veil. Recuperado el 5 de julio de 2023, de https://www.law.cornell.edu/wex/piercing_the_corporate_veil#:~:text=In%20New%20York%2C0Walkovsky%20v,business%20in%20an%20individual%20capacity.%2

Navarro Darío, M. (2023). Prima Facie Jurisdiction (Provisional Measures). Publicado en JUS MUNDI: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-prima-facie-jurisdiction>

Pejnovic, M., y Novoa. A. (4 de noviembre de 2021). El precio del silencio: El problema de no pactar ley aplicable a la cláusula arbitral. Publicación BFE+. <https://bullardfallaezurra.com/boletin/2021/11/04/el-precio-del-silencio-el-problema-de-no-pactar-ley-aplicable-a-la-clausula-arbitral/>.

Real Academia Española. (2023). Defraudar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 14 noviembre de 2023, de <https://dle.rae.es/defraudar>

Sherpf, Politis y Kaneko, Third-party notices (2023). The participation of non-parties in arbitral proceedings based on “intervention agreements”. The American Review of International Arbitration Columbia University. Recuperado el 29 de julio de 2023, de <https://aria.law.columbia.edu/third-party-notice/>.

Vega, R. (21 de octubre de 2020). El “doble” levantamiento del velo societario en el arbitraje. Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2020/10/21/el-doble-levantamiento-del-velo-societario-en-el-arbitraje/>.

White & Case. (07 de diciembre de 2020). New ICC Arbitration Rules. <https://www.whitecase.com/insight-alert/new-2021-icc-arbitration-rules>