

La norma detrás del velo: Aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario en arbitraje comercial internacional

Luis David BRICEÑO PÉREZ*

Sumario

Introducción 1. ¿*Piercing the corporate veil*? 2. El fundamento de la obligatoriedad del arbitraje para las partes 3. Fundamentos de la extensión a terceros no signatarios 3.1. Doctrinas basadas en la idea de consentimiento 3.2. Grupo de compañías 3.3. Los contratos coligados 3.4. Transferencia o cesión de contrato 3.5. Agencia –mandato– 3.6. Sucesión y novación 4. Sobre la naturaleza de la teoría del levantamiento del velo 5. Fraude, abuso de derecho e infracapitalización 6. Un caso especial de responsabilidad. Conclusión

Introducción

El objeto de estudio de la presente investigación es la aplicación de la llamada teoría del velo en el arbitraje comercial internacional, aunque para los académicos del *civil law* es corriente utilizar el término extensión de la cláusula arbitral, mientras que para los del *common law* se tiende a referir a incorporación de los no-signatarios². Por ello se requiere una precisión terminológica,

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Magna Cum Laude*; Profesor de Filosofía del Derecho. Rodner, Martínez & Asociados. bluisdavid@gmail.com.

² PARK, William: «No signatarios y el arbitraje internacional: El dilema del árbitro». En: *Multiple Party Actions in International Arbitration*. Oxford University Press. Oxford, 2009, p. 20.

porque, como bien señala REDFERN³, la ambigüedad en la definición se debe a que cada autor libremente fija su concepción sobre el tema⁴.

1. *¿Piercing the corporate veil?*

Desde que SERICK⁵ escribió su obra sobre esta doctrina son muchísimos los nombres que se le han dado⁶. Un autor español la define como el «desentendimiento de la personalidad jurídica, esto es, la técnica judicial consistente en prescindir de la forma externa de la persona jurídica, y a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, levantar su velo, y así examinar los reales intereses que existen o que existen en su interior»⁷.

En Venezuela, MORLES HERNÁNDEZ señala: «Esta manera de actuar del órgano judicial tiene como finalidad aplicar individualmente a los socios los efectos de las normas que éstos habían pretendido soslayar mediante el recurso de la personalidad jurídica»⁸; por otra parte, MUCI BORJAS indica que el juez o la Administración pública desconoce «la existencia de un contrato, y su eficacia –oponibilidad– frente a terceros, no debe producir resultados injustos»⁹.

³ *Ibíd.*, p. 15.

⁴ No obstante, la distinción que más interesa al jurista práctico es la contraposición entre laudo extranjero y nacional, ya que, si se pretende el reconocimiento de este en el foro, será necesaria su homologación conforme el procedimiento del exequátur siempre que el laudo no sea nacional –ello en algunos sistemas jurídicos–. Ver: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: *Derecho Mercantil Internacional. Estudios sobre Derecho Comunitario y del comercio internacional*. 2ª, Tecnos. Madrid, 1995, p. 720.

⁵ SERICK, Rolf: *Rechtsform und Realität Juristischer Personen*. Mohr. Tübingen, 1980.

⁶ En español: «Doctrina del levantamiento del velo», «tesis del levantamiento del velo», «técnica del levantamiento del velo», «abuso de la personalidad jurídica», entre otros; en inglés: «*Disregard of the legal corporateness*», «*piercing the veil jurisprudence*», «*alter ego*»; en alemán: «*Durchgriff*»; en italiano: «*L'abuso di personalità giuridica*», etc.

⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*. Civitas. Madrid, 1997, p. 44.

⁸ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. 4ª. UCAB. Caracas, 2002, p. 867.

⁹ MUCI BORJAS, José Antonio: *El abuso de la forma societaria*. Editorial Sherwood. Caracas, 2005, p. 52.

Así destaca DOMÍNGUEZ GUILLÉN que «uno de los inconvenientes con que se topa la personalidad moral es que esta puede ser utilizada para abusar su forma vulnerando los derechos de terceros»¹⁰.

HANOTIAU resalta que el levantamiento del velo corporativo consiste en la discusión sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de la compañía, personalidad que debe ser desconocida para que la acción sea dirigida en contra de sus accionistas, quienes se protegen «*behind the corporate veil*»¹¹. Reconoce además su aceptación general solo en materia de fraude, abuso de derecho y violación de normas imperativas.

Incluso en Venezuela ha sido aceptado por la doctrina los anteriores casos de aplicación de la teoría del levantamiento del velo. De hecho, MORLES HERNÁNDEZ sostiene que solo procede en caso de fraude a la ley o abuso de derecho¹². Por su parte, DOMÍNGUEZ GUILLÉN afirma que su aplicación además está justificada en atención a los principios generales derivados de la responsabilidad civil¹³. La jurisprudencia ha entendido ampliamente dicha excepción y la aplicado a una gran cantidad de supuestos¹⁴.

2. El fundamento de la obligatoriedad del arbitraje para las partes

Para que un proceso arbitral sea válido es necesario que haya un acuerdo también válido, pues el acuerdo arbitral es la «piedra fundamental» de arbitraje comercial moderno¹⁵. Así, el acuerdo arbitral, además de los efectos procesales,

¹⁰ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Derecho Civil I Personas*. Editorial Paredes. Caracas, 2011, p. 77.

¹¹ HANOTIAU, Bernard: *Complex arbitrations: multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. Kluwer Law International. La Haya, 2005, p. 98.

¹² MORLES HERNÁNDEZ: ob. cit., pp. 887 y ss.

¹³ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 81.

¹⁴ Para ver algunas sentencias en donde se ha aplicado la teoría del velo ver: ibid., pp. 78 y 79.

¹⁵ DE JESÚS O., Alfredo: «Validez y eficacia del acuerdo de arbitraje en el Derecho venezolano». En: *Arbitraje comercial interno e internacional reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Irene DE VALERA,

tiene, como todo contrato, un efecto general de carácter sustantivo, fundamentado en la obligatoriedad de lo convenido –*pacta sunt servanda*¹⁶– y su irrevocabilidad¹⁷. Luego, es un principio de esta materia que nadie puede ser obligado a acordar el arbitraje¹⁸. Así lo ha reconocido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁹.

De lo anterior, se deduce el obvio alegato que aquellos terceros ajenos a un acuerdo no consintieron en verse obligados a cumplir los efectos de un laudo arbitral, si, precisamente, el acuerdo es el fundamento de la obligación de cumplimiento del arbitraje, luego ¿cómo es posible que los terceros se vean afectados por un acuerdo arbitral? La respuesta a esta pregunta es la que fundamenta el tema de la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios.

coord. Caracas, 2005, p. 58. Véase también: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La inmotivación y la indefensión como causa de nulidad del laudo arbitral en el Derecho venezolano». En: *Revista de Derecho Privado*. N° 31. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2016, p. 232, www.uexternado.edu.co/derechoprivado.

¹⁶ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Al rescate del arbitraje en Venezuela». En: *Derecho privado y Procesal en Venezuela, Libro homenaje a Gustavo Planchar Manrique*. Tomo II. UCAB. Caracas, 2003, p. 757.

¹⁷ RENGEL-ROMBERG, Aristides: «El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Arbitraje Comercial (1998)». En: *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1999, pp. 29 y 30.

¹⁸ En la actualidad, han aparecido los llamados arbitrajes obligatorios. En Perú, aparecen los arbitrajes obligatorios en caso de contrataciones con el Estado, así «en el caso de las contrataciones públicas, el arbitraje es una imposición de la propia Ley y su inclusión en todo contrato que celebre el Estado para proveerse de bienes, servicios, obras o supervisión de las mismas, es obligatoria», ver: DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis: *Administración, gestión y contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas*. ADR Resources, Arbitraje y Mediación. Madrid, 2006, p. 9. En Venezuela también tenemos ejemplos de los llamados arbitrajes obligatorios, así por ejemplo en legislación laboral, en general: Duque Corredor, Román: «El arbitraje laboral compromisorio». En: *Arbitraje comercial interno e internacional reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Irene DE VALERA, coord. Caracas, 2005, pp. 318 y ss.

¹⁹ *Vid.* TSJ/SC, sent. N° 1541, del 17-10-08, «... el arbitraje responde en primer lugar al principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, que permite el ejercicio por parte de un tercero de funciones de orden jurisdiccional y comporta que una vez instaurado el correspondiente proceso arbitral, el mismo debe responder a las garantías y límites que establece el ordenamiento jurídico aplicable».

Ahora bien, cuando hablamos de «extender» los efectos del acuerdo arbitral, ¿a qué nos referimos? Como ya hemos señalado, son dos los tipos de efectos que devienen de la situación arbitral: los procesales y sustantivo; luego dicha extensión debe verificarse en ambos aspectos.

La otra precisión que consideramos importante es determinar ¿cuál es el fin de la extensión? Por lo general se extienden los efectos para traer una persona distinta al proceso para cubrirla por los efectos del arbitraje o para hacerla responsable del mérito del proceso. Estos dos casos no son necesariamente idénticos. Pensemos en el caso de la persona que recibió una garantía respaldada por una cláusula arbitral y que al ser cedida quiera hacer valer dicha garantía en sede arbitral contra el cesionario o el caso del demandante que quiere traer a una casa matriz al proceso por la clara insolvencia de la filial.

Lamentablemente, la doctrina comparada no hace el anterior análisis. Por lo general, se estudian los motivos para justificar la extensión dependiendo del tipo de sistema que se trata y luego se aplica adaptándolo a las particularidades del caso concreto. A nuestro modo de ver, que haya diversas teorías para fundamentar la extensión no se debe totalmente a la variedad casi infinita de supuestos de hechos que se puede dar en la vida real, sino a que precisamente, tratan de justificar la extensión en dos momentos distintos, uno en cuanto al contrato y el otro, en cuanto al laudo.

Que existan dos momentos en los que se puedan extender los efectos de la cláusula arbitral, implica al mismo tiempo un problema de Derecho Internacional Privado, pues en el primer caso el árbitro deberá buscar el fundamento en el Derecho aplicable para la extensión y en el segundo el juez deberá justificar la extensión con base en algún derecho. Hay un acuerdo en que los jueces verán su propio Derecho, mientras que en el caso del árbitro la génesis del poder de decisión no se deriva de un sistema jurídico único²⁰, por lo que tendrá que investigar la norma que fundamente dicha extensión.

²⁰ PARK: ob. cit., p. 21.

En resumen, tres preguntas son claves para la comprensión del presente tema: i. ¿Cuándo se plantea la extensión? ii. ¿Con base en cuál Derecho? y iii. ¿Cuál es el fin de la extensión? Estas preguntas serán respondidas en las presentes líneas.

3. Fundamentos de la extensión a terceros no signatarios

3.1. Doctrinas basadas en la idea de consentimiento

En la doctrina comparada se comprueban dos formas de justificar la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios: A través del consentimiento implícito y a través de la llamada teoría del levantamiento del velo²¹. PARK sostiene que estas dos categorías pueden ser matizadas en cinco casos²².

En el caso de Estados Unidos, los tribunales prefieren basarse en la teoría del *alter ego*, asentada en principios del *estoppel*, para aceptar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros. En realidad, es fácil entender la tendencia a no aceptarla. Por lo general, los países del *civil law* son favorables a su aceptación, precisamente porque la doctrina está construida con base en principios del *civil law*, a saber: buena fe²³, consentimiento tácito, entre otros. En algunos países del *common law*, como Estados Unidos y Reino Unido, prefieren aplicar la teoría del levantamiento del velo societario con base en principios del Derecho privado como agencia, transferencia y sucesión²⁴.

²¹ Ídem.

²² Los casos a los que PARK, ob. cit., p. 28, hace mención son: i. Participación del no signatario en la formación del contrato; ii. un solo esquema de contrato con varios documentos; iii. aceptación tácita o expresa del convenio arbitral por la parte no signataria, ya sea en el arbitraje o en otra situación; iv. la ausencia de la personalidad jurídica de la signataria, y v. en caso de fraude o abuso de la personalidad jurídica.

²³ Piénsese, por ejemplo, en la participación en la ejecución del contrato. RODNER, James Otis: *Los contratos enlazados. El subcontrato*. 2ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2013, pp 159 y ss., en materia de extensión de los efectos de un contrato a terceros en materia de grupo de contrato ha sostenido que dada la situación especial del tercero que se beneficia del contrato no puede negarse a recibir los efectos negativos porque sería contrario a la buena fe.

²⁴ RODNER: ob. cit., p. 179.

3.2. Grupo de compañías

Algunos fundamentan la extensión de la cláusula arbitral en la teoría de los grupos de empresa²⁵. En el Derecho nacional, MORLES HERNÁNDEZ define los grupos de empresas como «un conjunto de sociedades cuyos órganos de administración actúan con orientación económica unitaria en respuesta a la misma influencia dominante o control»²⁶. Las formas de actuar de dichos grupos son de posibilidades infinitas²⁷. En Venezuela, no hay una regulación general sobre los grupos de sociedades; sin embargo, ha habido alguna regulación en leyes especiales para efectos muy particulares, así en materias: laboral²⁸, tributaria²⁹, bancaria³⁰, mercado de valores³¹, entre otros.

¿Puede derivarse de esta regulación especial una teoría general sobre los grupos societarios? Consideramos que al menos en Derecho interno no, por ello

²⁵ En general ver: GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Ed. Kluwer. La Haya, 1999.

²⁶ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: «La regulación fragmentaria de los grupos de sociedades y su repercusión en la jurisprudencia». En: *Derecho de grupo de sociedades*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 15 y ss.

²⁷ Pero en general su actuación puede ser basada en relaciones horizontales o verticales en función del control que ejerce un miembro sobre el otro RODNER, James Otis: «Grupo de sociedades en la Ley General de Bancos y la Ley de Mercado de Capitales». En: *Derecho de grupo de sociedades*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 151 y ss.

²⁸ Artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, cuya constitucionalidad es discutible por establecer una solidaridad sublegal; el artículo 150 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6076 extraordinario, del 07-05-12.

²⁹ Artículo 8 del Código Orgánico Tributario, o en normas especiales, tales como el artículo 95 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Impuesto sobre la Renta, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6210 extraordinario, del 30-12-15.

³⁰ Artículo 65 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 40557, del 08-12-14.

³¹ Artículo 21, párrafo 2 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Mercado de Valores, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6211 extraordinario, del 30-11-15.

suscribimos la opinión sostenida por la Sala Constitucional —en particular por el magistrado disidente—³², según la cual la regulación especial de dichas normas revela la intención del legislador de que sean normas de excepción y, por tanto, de interpretación restrictiva.

En materia arbitral, precisamente por su carácter flexible³³, hay una aceptación más o menos generalizada de esta doctrina de la extensión de los efectos del contrato frente a miembros del grupo contractual. El caso líder en esta materia es sin duda el laudo Dow Chemical de la Cámara de Comercio Internacional (ICC)³⁴. En el caso Dow Chemical, una reclamación fue interpuesta ante la Corte de Arbitraje de la ICC no solo contra las compañías que firmaron los acuerdos relevantes, sino también contra su casa matriz «*parent company*», una empresa americana, y una empresa francesa del mismo grupo. El razonamiento del juez es que las subsidiarias estaban absolutamente controladas por la empresa matriz, y basado en la costumbre mercantil más que en Derecho francés, el tribunal consideró que el grupo de compañía constituía una realidad económica «*une réalité économique unique*». Con base en el criterio de la realidad económica, el tribunal decidió tener jurisdicción sobre las empresas miembro del grupo³⁵.

Este criterio de la realidad económica, que poco más tarde fue ratificado por la Corte de Apelación en Francia³⁶, se fundamentó también en que de la actuación

³² Véase: TSJ/SC, sent. N° 903, del 14-05-04, voto salvado del magistrado Pedro Rondón Haaz.

³³ PÉREZ PACHECO, Yaritza: *La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*. 2ª, UCV. Caracas, 2013, p. 180.

³⁴ ICC 4131/1982 (Laudo interino) Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain (France) 1983, en: *Journal du Droit International*. París, 1984.

³⁵ Un vehículo de *holding* con propósito particular fue creado únicamente para un *joint venture* anglo-francés en la industria del entretenimiento. El Tribunal rechazó una solicitud de adhesión de dos empresas demandantes del grupo del signatario inglés. Sin embargo, el Tribunal permitió la adhesión para el vehículo de *holding* mismo, con el fundamento de que había participado en las negociaciones que conllevaron al acuerdo y que estaba en el corazón de estas negociaciones —*au coeur de toutes ces négociations*—, decidido en 1991, JDI, p. 1065.

³⁶ *Court d'Appel, Paris, october 22, 1983, Société Isover-Saint-Gobain vs. Société Dow Chemical France, Revue de l'Arbitrage* 98, 101-101, n. Chapelle, París, 1984.

de los miembros había una clara aceptación de las consecuencias del contrato, pues en efecto se comportaron conforme al mencionado contrato. Luego sería contrario a la buena fe renunciar al efecto de la cláusula arbitral.

3.3. *Los contratos coligados*

En Venezuela, el autor que más ha estudiado el punto es el profesor RODNER³⁷, quien señala que un contrato enlazado se verifica cuando dos o más contratos independientes, autónomos y suficientes por sí mismos, tiene una conexión sustancial, de modo que la vigencia, el cumplimiento o la interpretación de un contrato tiene efectos sobre otro contrato³⁸. Pese a la variedad de situaciones o configuraciones que los contratos enlazados pueden presentar, en todas, la función económica social del contrato es la que se alza como fuente de la unión entre los contratos, cuya individualidad no se diluye. Precisamente es la noción de la «causa»³⁹ la que apoya en la tarea de calificar el contrato como un grupo de contrato, contratos mixtos o un solo contrato⁴⁰.

Las principales críticas a la teoría de los contratos enlazados son el principio de relatividad de los contratos, crítica que se alza también en materia de extensión de la cláusula arbitral, pues en efecto no puede solicitarse los beneficios o perjuicios de un contrato del cual no se es parte y, por supuesto, el principio de la legalidad en el sentido que no puede conocerse una acción a quien la ley no se la concede.

NERET opina necesario dar una nueva lectura al principio de relatividad de los contratos⁴¹. Por lo tanto, en la medida en que se benefician las personas del contrato, estos se ven afectados —y, por ello responden— por el contrato⁴².

³⁷ RODNER: ob. cit. (*Los contratos enlazados...*), p. 35.

³⁸ Sobre una clasificación general de los contratos enlazados ver: ibíd., pp. 83 y ss.

³⁹ Entendida en su sentido objetivo como fin económico-social, ver: DIEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Introducción teoría del contrato*. Vol. I. 4ª, Civitas. Madrid, 1993, p. 228.

⁴⁰ RODNER: ob. cit. (*Los contratos enlazados...*), p. 53.

⁴¹ Con lo cual el contrato no puede ser interpretado para cumplir su función tradicional de realizar la justicia conmutativa entre las partes, sino en su función social.

⁴² MÉLICH-ORSINI, José: *Teoría general del contrato*. 5ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, pp. 454 y ss.

En Venezuela, por ejemplo, RODNER nos ha hecho ver que el principio de relatividad de los contratos no es absoluto⁴³. En ese sentido, no solo es viable, sino que está justificada la acción directa frente a terceros. En sentido contrario, MADRID MARTÍNEZ señala que aceptar las acciones directas fuera de los casos establecidos por el legislador vulneraría el principio de relatividad de los contratos⁴⁴ y, evidentemente, el principio de legalidad. No obstante, RODNER en un trabajo posterior apoya la idea de la extensión de la cláusula arbitral en contratos enlazados basado en: i. Consentimiento presunto, ii. participación en las negociaciones y en la ejecución de un contrato y iii. la buena fe⁴⁵.

3.4. *Transferencia o cesión de contrato*

En caso de transferencia de contrato, la doctrina acepta que si en el acuerdo de cesión se ratifica la cláusula arbitral el problema desaparece; siempre que las partes tengan capacidad para ello⁴⁶. La cuestión problemática es cuando la cláusula no ha sido expresamente ratificada. En estos casos, ¿puede presumirse que la cláusula arbitral fue cedida junto a la relación subyacente?, ¿o por el principio de separabilidad puede interpretarse que la cesión de la cláusula arbitral solo opera cuando hay una manifiesta ratificación de la misma?

Precisamente, en la respuesta a la anterior pregunta es en donde hay controversias. En Inglaterra, por ejemplo, debe haber una manifiesta voluntad de transferir la cláusula arbitral⁴⁷. En Estados Unidos, se tiende a aceptar en la práctica que con la cesión automáticamente se transfiere el contrato⁴⁸.

⁴³ RODNER: ob. cit. (*Los contratos enlazados...*), p. 47.

⁴⁴ MADRID MARTÍNEZ: ob. cit., p. 67.

⁴⁵ De mucha utilidad el trabajo: RODNER, James Otis y MARCANO, Angélica: «*Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in the case of multiple contracts*». En: *Journal of Arbitration Studies*. Vol. 24, N° 3. The Korean Association of Arbitration Studies. Seoul, 2014, pp. 1-31.

⁴⁶ RODNER: ob. cit. (*Los contratos enlazados...*), p. 178. Véase también sobre la cesión de contrato en general: RODNER, James Otis: «Cesión del contrato y los principios de UNIDROIT». En: *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, pp. 169-242; RODNER, James Otis: *La transferencia del contrato (UNIDROIT, art. 9)*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Privado. Caracas, 2014, p. 18.

⁴⁷ BORN, Gary: *International commercial arbitration*. Tomo I. 2ª, Kluwer International. La Haya, 2009, pp. 1187 y ss.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 1189.

RODNER recomienda dividir dos supuestos. En el primer caso, la cláusula arbitral está contenida en el mismo instrumento contentivo del contrato a ser cedido, si no hay una reserva especial de las partes, puede presumirse conforme a principios de interpretación que hay un consentimiento implícito o tácito⁴⁹. De acuerdo al citado autor, debe interpretarse el principio de *separability* –o independencia– a la cualidad de la cláusula arbitral sobrevivir aun en casos en que se anula el contrato o se extinga por cualquier causa.

Más difícil, a criterio de RODNER, es el caso de los convenios que constan en instrumentos separados. Habrá que analizar el caso concreto para determinar si puede determinarse que las partes conocían la existencia de la cláusula arbitral, y al no hacer ninguna reserva, se entiende su aceptación⁵⁰.

3.5. *Agencia –mandato–*

Recordemos que el mandante se obliga por todas las obligaciones de la mandante comprendida en el mandato (artículo 1699 del Código Civil). Lo que se discute es el efecto vinculante de un acuerdo arbitral pactado por un agente en beneficio del mandante, la discusión versa básicamente sobre dos puntos: la capacidad del agente de obligar al principal y la forma que dicho acuerdo debe tener para que posea validez⁵¹. Discusión que depende en la práctica a las normas de cada Derecho vinculado. En arbitraje se cuestiona si el acuerdo arbitral pactado por la casa matriz, obliga a las subsidiarias, y viceversa, respuesta que dependerá del Derecho aplicable a la relación.

3.6. *Sucesión y novación*

La norma general es que el acuerdo arbitral, como otros contratos, asegura que los sucesores universales reciban de las compañías los acuerdos del antecesor⁵².

⁴⁹ RODNER: ob. cit. (*Los contratos enlazados...*), p. 180.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ REINER, Andreas: «*The Form of the Agent's power to sign an Arbitration Agreement and Art. II (2) of the New York Convention*». En: *ICCA Congress Series*. N° 9. 1999, p. 82.

⁵² Dicho principio, copiado de la tradición francesa e italiana que inspiró nuestro Código Civil, artículo 1163, «Se presume que una persona ha contratado para sí y para sus herederos y causahabientes, cuando no se ha convenido expresamente en lo contrario, o cuando no regula así de la naturaleza del contrato».

Pensemos en el caso de una compañía que se fusiona con otra voluntariamente o por disponerlo así la ley⁵³.

Tómese nota que en los casos anteriores es evidente que existe algún tipo de consentimiento implícito. Y, por lo tanto, pudiesen todos ser subsumidos bajo la categoría general de consentimiento implícito, como señala PARK. Pese a no ser una regla de validez general, podemos ensayar la conclusión del citado autor, definiendo entonces el consentimiento implícito o presunto «como una manera de objetivar el consentimiento en patrones de hechos en los que existe un acuerdo, a pesar que las formalidades tradicionales puedan estar ausentes o poco claros»⁵⁴. Dicho fue el argumento esencial del caso *Business Systems Société Alcatel*⁵⁵.

4. Sobre la naturaleza de la teoría del levantamiento del velo

Hay otros grupos de teorías que justifican la extensión de los efectos de la cláusula arbitral basada en la idea del fraude⁵⁶.

Pudiese decirse que en la práctica la perforación del velo implica la idea de frenar los efectos de la división de la responsabilidad patrimonial, efecto comparativamente reconocido como un principio general de Derecho societario⁵⁷.

⁵³ Por ejemplo, se observa el caso de una novación por disposición legal «the claimant has replaced the person originally named as party, who therefore has ceased to have any rights or duties under the contract», MUSTILL, Michael y BOYD, Stewart: *Commercial Arbitration*. 2^a, LexisNexis. La Haya, 2001, p. 137.

⁵⁴ PARK: ob. cit., p. 33.

⁵⁵ *Business Systems Société Alcatel (ABS), Société Alcatel Micro Electronics (AME) y Société AGF vs. Amkor Technology et al.*, civ. Cass 1e, 27-05-07, JPC, I 168, N  11, citado en PARK: ob. cit., p. 3.

⁵⁶ En este caso, la doctrina usa en general algunas ideas que pueden resumirse en la definición de DE ÁNGEL Y  G EZ, Ricardo: *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*. Civitas. Madrid, 1991, desentendimiento de la personalidad jurídica, esto es, la técnica judicial consistente en prescindir de la forma externa de la persona jurídica, y a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, levantar su velo, y así examinar los reales intereses que existen o que existen en su interior.

⁵⁷ *Vid.* Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (artículo 3).

Somos de la opinión que hay una confusión entre la personalidad jurídica y el privilegio responsabilidad limitada. En otras palabras, la acogida de la doctrina del levantamiento del velo descansa en varios errores⁵⁸.

En primer lugar, la doctrina confunde la personalidad jurídica con el beneficio de la responsabilidad limitada. Históricamente ambas instituciones aparecieron en momentos distintos. Una cosa es la adopción positiva del contrato de sociedad o la existencia de la personalidad jurídica y otra muy distinta es el «privilegio de limitación de la responsabilidad» que el Derecho positivo reconoce a los «socios» de dicha sociedad. Así, por ejemplo, en Estados Unidos fue hasta el final del primer cuarto del siglo XIX cuando aparece el reconocimiento del privilegio de limitación de la responsabilidad de los socios⁵⁹. En el caso de Venezuela fue el 26 de julio de 1955, cuando entró en vigencia la última reforma del Código de Comercio⁶⁰. La primera Ley que lo reconoce fue en Alemania con el *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung* de fecha 29 de abril de 1892⁶¹. Con lo cual demostramos la confusión que la teoría del velo nos revela, no hay identidad lógica ni cronológica entre responsabilidad limitada y la existencia de la personalidad jurídica⁶².

No podemos negar que es indiscutible la relación que hay entre la personalidad jurídica y el privilegio de responsabilidad limitada. En la mayoría de los países del *civil law*, la responsabilidad limitada es un privilegio que algunas formas societarias tienen. Lo cual nos ayuda a afirmar que no hay una relación de identidad entre la idea de personalidad jurídica y limitación de responsabilidad. La responsabilidad limitada es un privilegio que puede o no

⁵⁸ MANOVIL, Rafael: *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998, p. 1193.

⁵⁹ Reseña de DONNELL, John D.: «*The legitimacy of the Business Corporation*. By James Willard Hurst, Charlottesville: The University of Virginia, 1970, pp. 164». En: *Indiana Law Journal*. Vol. 46, N° 3. Bloomington, 1971, pp. 449-452.

⁶⁰ LORETO ARISMENDI, José: *Tratado de las sociedades civiles y mercantiles*. Gráficas Armitano. Caracas, 1976, p. 385.

⁶¹ *Ibid.*, p. 398.

⁶² De hecho, en las sociedades anónimas hay responsabilidad limitada de los accionistas en virtud del artículo 201.3 del Código de Comercio.

tener los accionistas, y que, de hecho, apareció luego de esta⁶³. En todo caso, sería el desconocimiento de dicho privilegio y en lo absoluto, el desconocimiento de la personalidad.

Si tener personalidad jurídica fuese sinónimo de responsabilidad limitada solo las sociedades anónimas tuviesen personalidad, y en la realidad hay muchos tipos de sociedades que sin tener responsabilidad limitada poseen personalidad jurídica. La ausencia de responsabilidad no es un indicio para la pérdida de la personalidad, así, por ejemplo, cuando un padre es responsable por el hecho ilícito ocasionado por un menor bajo su custodia, no lo es porque ese menor no tenga personalidad jurídica, sino porque la responsabilidad del padre se extiende a cubrir el acto ilícito realizado por el menor por estar estipulado así en el Código Civil venezolano (artículo 1190)⁶⁴. Otro ejemplo, cuando el principal responde por el hecho de su dependiente, no lo hace en virtud de que el dependiente no tenga personalidad, sino porque hay una norma que extiende la responsabilidad del principal frente a las actuaciones del dependiente (artículo 1191 *eiusdem*). También, cuando una sociedad mercantil irregular actúa en el comercio y es demandada en juicio, los socios responden solidariamente por su actuación por así contemplarlo el Código de Procedimiento Civil (artículo 137). Cuando un funcionario público actuando en ejercicio de la función pública encomendada por alguna ley o reglamento, causa un daño a un ciudadano, el Estado responde (artículo 140 de la Constitución), es decir, hay limitación de responsabilidad⁶⁵, no significa que el funcionario público no tenga personalidad jurídica. Es más, en Derecho Administrativo, si el funcionario que generó un daño lo hizo por dolo o culpa, este tendrá responsabilidad

⁶³ Así MANOVIL: ob. cit., p. 1193, comenta: «Desde el punto de vista histórico y hasta la aparición de la limitación de responsabilidad limitada como tipo autónomo, el efecto natural de la sociedad en su forma tradicional era la responsabilidad de sus socios por las deudas sociales», añade: «Recién en 1855, siguiendo el privilegio otorgado a las compañías ferroviarias, se dictó la *Limited Liability Act*, en 1855 la *Joint Stock Companies Act*, en los que se admitió la limitación de responsabilidad».

⁶⁴ Nótese que está limitada la responsabilidad del menor de edad, puesto que no responde con su patrimonio frente al ilícito.

⁶⁵ Porque establece que su responsabilidad frente al acto es cero bolívares. Quien responderá será el Estado.

frente a la Administración, es decir, de acuerdo a la teoría tradicional, en este caso sí tendría personalidad. Dado un principio de lógica, nada puede ser y no ser al mismo tiempo, no puede entonces pretenderse que en un caso se tenga personalidad jurídica –o sea, se es responsable–, y en otro no –no se es responsable–. Ante esta encrucijada, lo único lógico es darnos cuenta que la personalidad jurídica es algo distinto que la responsabilidad patrimonial, o, más concretamente, que el privilegio de la responsabilidad limitada.

La anterior argumentación nos hace cuestionarnos toda la construcción que ha hecho la doctrina de la teoría del levantamiento del velo. Si ensayamos la definición clásica de la doctrina de personalidad jurídica, como aquella cualidad de los entes de ser sujetos de derechos y obligaciones⁶⁶, nos damos cuenta que, en principio, la responsabilidad es consecuencia de la misma, pero no es una *conditio sine qua non*, como contrariamente apunta la doctrina clásica del tema. En realidad, la llamada teoría del levantamiento del velo, es inexistente, y son casos especiales de extensión de responsabilidad, en los supuestos ya mencionados.

5. Fraude, abuso de derecho e infracapitalización

Comparativamente se acepta la aplicación de la llamada teoría del velo también en caso de fraude, abuso de derecho⁶⁷ o en situaciones de infracapitalización⁶⁸. Por lo general, se usa esta teoría para extender jurisdicción de los

⁶⁶ AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil I Personas*. UCAB. Caracas, 2009, p. 39.

⁶⁷ Aplicación de la personalidad jurídica como abuso de derecho puede verse en: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: *Derecho societario*. Tomo III. Buenos Aires, 1994, pp. 65 y ss.; y en Venezuela también puede ver en: ZERPA, Levis I.: «El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 116. UCV. Caracas, 2000, p. 80, www.ulpiano.org.ve. Véase sobre el tema del abuso de derecho recientemente: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y VÁRELA CÁCERES, Edison Lucio: «El abuso de derecho. Un estudio. Tres autores». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 8 (Edición homenaje a jurista españoles en Venezuela). Caracas, 2017, pp. 515-549.

⁶⁸ Pero, de nuevo, si hay infracapitalización no se está desconociendo la personalidad jurídica ni perforando ningún velo, se está de hecho diciendo que, dado que no se reunieron los requisitos para que opere el privilegio de responsabilidad limitada, este no procede.

tribunales –efecto procesal–, tal como fue el caso de *Taca Internacional Airlines vs. Rolls Royce de Inglaterra* donde se extendió la jurisdicción de los tribunales con base en la idea que la filial era un departamento de la matriz. También se usa para extender la responsabilidad de una empresa a otra –efecto sustantivo–.

Dice PARK que cuando nos enfrentamos al problema de aplicación de la teoría del velo, por razones distintas al consentimiento presunto, debe estudiarse con base en la *lex societatis*. En su criterio, precisamente la ley del lugar de constitución será la que determinará el alcance de su personalidad jurídica, y más importante, podrá saberse si fue debidamente constituida. También la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles reconoce que la ley del lugar de constitución rige elementos relativos a la capacidad y personalidad jurídica de la sociedad⁶⁹.

Reconduciendo lo dicho por PARK, consideramos que lo que la ley del lugar de constitución determinará en un caso concreto es si procede el privilegio de responsabilidad limitada, reafirmando nuestra tesis. Sin perjuicio que en caso de empresas transnacionales y en materia arbitral el juez o arbitro pueda más bien apoyarse en normas transnacionales⁷⁰.

En materia de fraude y abuso de derecho quizás lo establecido por una decisión de la Corte Suprema de Austria ayude a entender lo esencial de la materia: «el principio base de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo es que nadie puede usar una entidad legal para hacer daño a un tercero, o para evadir la aplicación de la ley»⁷¹. Siendo un caso especial de las reglas de abuso de derecho y fraude.

⁶⁹ Señala la Convención: «La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución. Por ‘ley del lugar de su constitución’ se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades»

⁷⁰ PARK: ob. cit., p. 39.

⁷¹ *Vid.* Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court), Dec. 19, 2002, 2 Ob 308/02m, citado en: SCHWARZ, Franz y KONRAD, Christian: *The Vienna Rules: A commentary on International Arbitration in Austria*. Kluwer Law International. Londres, 2009, p. 200 (traducción propia).

6. Un caso especial de responsabilidad

La solución del problema del velo vendrá con la claridad en los conceptos responsabilidad y obligación. De acuerdo con COUTURE, la responsabilidad es la: «1. Situación jurídica derivada de una acción u omisión ilícitas, que consiste en el deber de reparar el daño causado. 2. Posición jurídica del obligado concurrente o subsidiariamente a satisfacer una deuda ajena»⁷².

El lenguaje jurídico se aleja a veces del lenguaje común⁷³. Las preguntas esenciales son las siguientes: ¿Es la responsabilidad una obligación o una situación –capacidad– determinada? ¿Es lo mismo estar jurídicamente obligado a una conducta o ser jurídicamente responsable?, y ¿cómo saber si una conducta es obligatoria, sancionada, o permitida?

Que una conducta sea jurídicamente obligatoria significa que el Derecho demande el comportamiento que se considera obligatorio. Si se entiende el Derecho como un orden jurídico esencialmente coactivo, que la conducta de un hombre sea jurídicamente obligada, significa que la norma jurídica determinada enlaza la conducta contraria del individuo con un acto al cual se le denomina sanción⁷⁴. Decir, por lo tanto, que una conducta es obligatoria, es decir que el ordenamiento jurídico enlaza la conducta contraria a una sanción.

Indudablemente, el concepto de obligación en sentido general como lo hemos señalado acá, se encuentra relacionado con el de responsabilidad⁷⁵. Un individuo

⁷² COUTURE, Eduardo: *Vocabulario jurídico*. Editorial Atenea. Caracas, 2014, p. 302.

⁷³ El *Diccionario de la Real Academia Española* señala sobre la voz responsabilidad lo siguiente: «1. f. Cualidad de responsable; 2. f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal; 3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado; 4. f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente».

⁷⁴ KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*. 16ª, Editorial Porrúa. México D. F., 2011, p. 129.

⁷⁵ Tanto es así, que la doctrina señala la «responsabilidad» conjuntamente con el «débito» como parte del elemento del vínculo de la relación obligatoria. Ver en: MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*.

está obligado jurídicamente a comportarse de determinada manera, porque la conducta contraria es condición de una sanción. Pero, dicha sanción puede ser dirigida hacia el individuo o hacia otro sujeto que guarda una relación con él, relación determinada por el orden⁷⁶. El individuo contra el cual es dirigida la sanción es jurídicamente responsable. Es decir, en algunos casos el individuo responsable de un ilícito es el jurídicamente obligado, y en otros no es el jurídicamente obligado al cumplimiento de dicha conducta. En otras palabras, puede haber una relación de identidad entre el sujeto responsable y el individuo jurídicamente obligado. El principio de no contradicción nos enseña que una cosa no puede «ser» y a la vez «no ser» al mismo tiempo, la única solución lógica que nos queda es aceptar que no es lo mismo ser responsable que estar jurídicamente obligado a algo. KELSEN lo explicó claramente en una frase: Se está obligado a un comportamiento conforme a Derecho, y se responde de un comportamiento contrario a Derecho.

Todo esto nos lleva aceptar a la responsabilidad como una situación específica. En una relación entre un individuo contra el cual se dirige la sanción, con el delito que el mismo hubiera cometido, o que un tercero cometiera⁷⁷. Lo cual es bastante similar a la definición que dio COUTURE, en su acepción segunda y la Real Academia Española en su acepción cuarta. Bien entendida la voz ‘responsabilidad’, el problema de la teoría del velo desaparece. Y nos damos cuenta de que en verdad no existe nada que pudiese llamarse como tal. No se trata de responder a la pregunta: ¿En cuáles condiciones –supuesto de hecho– es posible desconocer la personalidad jurídica de las personas jurídicas?, sino de responder a la pregunta: ¿En qué condiciones es lícito atribuirle a los accionistas la responsabilidad de ciertos y determinados actos realizados por la sociedad? O sea, un caso más de responsabilidad colectiva. Con esto, decimos que el problema de la doctrina del levantamiento del velo, no es más que el problema de la extensión de la responsabilidad de una persona a otra,

Tomo I. 10^a, UCAB. Caracas, 2011, pp. 30 y ss. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, pp. 58-60, www.rvlj.com.ve.

⁷⁶ KELSEN: ob. cit., pp. 132 y 133.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 137.

o mejor, el problema de la atribución de la sanción y la persona responsable. Lo anterior es consecuencia necesaria del razonamiento que venimos esbozando⁷⁸. Con la anterior explicación se diluye las principales críticas a la aplicación de la teoría del velo para lograr la extensión de responsabilidad del tercero. Ahora, en este punto, un ulterior análisis se nos hace obligatorio: ¿Cómo conciliar ambos momentos de la extensión? ¿Existe alguna manera de justificar bajo una misma categoría la extensión de los efectos del acuerdo y al mismo en tiempo explicar la extensión de los efectos del laudo?

Somos de la opinión que sí. La extensión de la responsabilidad se puede deducir de la participación en la ejecución de las obligaciones, en la teoría de los actos propios, e interpretación de la actividad de las partes conforme a la buena fe. Ya que si las partes se comportaron de tal manera que de su comportamiento se evidencia su intención de ser responsable en conjunto por un contrato, la buena fe demanda que la otra parte espere la responsabilidad por cualquiera de aquellos con los que se obligó⁷⁹. Lo anterior se sostiene en la idea que ni el principio de relatividad de los contratos, ni el principio de la responsabilidad limitada, son de orden público. La respuesta al fundamento de la obligación dependerá de la *lex arbitri* y del ordenamiento jurídico determinado que regule la situación, así podrá usarse la teoría de los grupos societarios, *alter ego*, *estoppel* o de los grupos de contratos⁸⁰ para fundamentar la extensión tanto en el momento anterior o posterior al laudo. Aceptando que en el primer caso lo que se intenta es extender por lo general la jurisdicción –efecto procesal– y en el segundo la responsabilidad al tercero –efecto sustantivo–.

⁷⁸ En España, algunas sentencias hablan de comunicabilidad de la responsabilidad. La diferencia es que el fundamento de la comunicabilidad es el hecho de haber sido la misma persona que actúa a través de diversas personas jurídicas. Nosotros sostenemos, que no hay tal identidad. Ver: TS, Sala Primera, sents. del 21-02-69 y 03-03-81, en: DE ÁNGEL YÁGÜEZ: ob. cit., pp. 105 y ss.

⁷⁹ RODNER: ob. cit. (*Los contratos enlazados...*), p. 50.

⁸⁰ SALAH, Fatma: «*Extension of Petroleum Arbitration Agreements to Non-signatories in Egypt*». En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 30, N° 1. Kluwer international. 2013, p. 76.

Conclusión

Dependiendo del tipo de sistema y de la visión que posee el árbitro en el caso concreto, se usará una o varias justificaciones cuando se quiera aplicar la teoría del levantamiento del velo societario. Por lo general, en países del *civil law* se pensará en conceptos jurídicamente indeterminados como buena fe, abuso de derecho o fraude. Se tiene la idea de extender los efectos de la cláusula arbitral a los terceros. Mientras en países del *common law* se piensa más en la idea de «incorporación» de los terceros no signatarios. En ambos, el árbitro descansa en el presupuesto de alguna forma de consentimiento, sin el cual la aplicación de la teoría será dificultosa.

En la práctica, independientemente del sistema o de la idea que tenga el árbitro sobre el arbitraje, este descansará en normas del foro o trasnacionales para justificar su decisión. Pese a lo anterior, somos de la opinión que lo que se llama «teoría del velo», es un caso de extensión de responsabilidad cuando en determinados supuestos se hace responsable a una persona por los actos de otra, entendiendo responsabilidad en un sentido amplio, como una situación especial en que una persona sufre los efectos de la conducta de un tercero –bien sea responsabilidad patrimonial o extensión los efectos de la cláusula arbitral–, siendo los dos caras de un mismo efecto, uno sustantivo y otro procesal. La crítica es que para extender la responsabilidad a un tercero, se requiere una norma expresa, cosa que no existió en el caso resuelto por la Sala Constitucional –sent. N° 903, citada *supra*–, y desde entonces, se ha ido aplicando la tesis del levantamiento del velo, poniendo el peligro la limitación de responsabilidad de los socios en las sociedades.

* * *

Resumen: En el presente artículo se hace un estudio de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario en el arbitraje comercial internacional, analizando sus efectos antes y después de la emisión del laudo arbitral. Se estudian las distintas

tesis que justifican los tribunales arbitrales para su procedencia, tomando en cuenta los dos grandes sistemas de Derecho. **Palabras clave:** Teoría del velo, responsabilidad, arbitraje. Recibido: 31-01-18. Aprobado: 26-02-18.