

EL ABUSO DE LA FORMA DE LA PERSONA JURÍDICA EN
RELACIÓN CON LA EXTENSIÓN DEL ACUERDO
ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS

JOSÉ ANTONIO VIAL SANFUENTES*

*Abogado. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica de Chile.
Colaboraron en la edición del presente trabajo Consuelo Ríos Vergara y Javiera Sfeir Löbel, ayudantes de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Un problema que se observa con frecuencia en la práctica, es aquel consistente en determinar si es jurídicamente posible extender los efectos de un determinado acuerdo arbitral a personas naturales o jurídicas que no aparecen en forma ostensible como partes, pero que tienen o han tenido algún grado de vinculación o participación relevante en la relación jurídica creada entre quienes sí tienen la calidad de partes de manera patente.

En lo que más interesa, el supuesto de hecho que se tendrá presente a lo largo del desarrollo de este trabajo, consiste en la hipótesis más común de conflicto de esta especie que se verifica en el tráfico comercial, y que puede sintetizarse de la siguiente manera: es frecuente que quien tiene un interés en celebrar un determinado acto jurídico, por diversas razones, que no necesariamente suponen ilicitud, prefiere mantenerse “oculto” o “en las sombras”, lo que se consigue no compareciendo en el contrato en la calidad de parte, que sí asume, en cambio, otra persona natural o jurídica con quien la primera tiene una relación o vinculación, que le asegura que los efectos del acto que celebra quien no comparece asumiendo su representación, satisfarán, en definitiva, el interés cuya satisfacción induce a contratar.

Lo anterior se advierte con claridad si se toma como ejemplo la siguiente hipótesis: una empresa, constituida como una sociedad y, como tal, poseedora de un capital y de una presencia en el mercado, se representa la existencia de una necesidad que la motiva a celebrar un contrato, no obstante lo cual juzga conveniente y oportuno para sus intereses que otra sociedad, sobre la cual tiene el control, figure instrumentalmente como parte de la convención, pese a que las consecuencias son queridas y buscadas por la sociedad que se mantiene oculta, y que es, en la realidad, la que detenta la calidad de principal interesado en la celebración del contrato.

En la hipótesis antes citada, es importante destacar que el tercero con quien se pretende contratar se ha representado durante las tratativas preliminares tendientes a la formación del consentimiento, que la convención encuentra como causa la satisfacción de una necesidad de la empresa que he supuesto, y que ésta, por motivos de diversa índole, que pueden ir desde una estrategia comercial a otros que -insisto- pueden o no ser constitutivos

de ilicitud, ha instado por que quien comparezca instrumentalmente como parte no sea la misma empresa, sino que otra persona jurídica sobre la cual aquella tiene el control.

En otras palabras, tal representación supone que se ha dado una apariencia de que la convención obedece a los propósitos o intereses de la empresa que prefiere mantenerse en las sombras y no figurar como parte de aquella, apariencia que puede provenir de los actos propios de la misma empresa, lo que ocurriría, por ejemplo, si ésta es la que interviene directamente en la negociación del contrato, o inclusive de la persona que asume instrumentalmente la calidad de parte, sobre la base de que esta última de alguna manera ha hecho posible sustentar la creencia de que el contrato es realmente buscado o querido por la empresa controladora.

La apariencia antes descrita determina que el tercero con quien se celebra el contrato, si bien sabe que no lo hace con la empresa supuesta, sino que con otro que no comparece en representación de aquella, ha consentido porque le asiste la razonable certidumbre de que tras la estructura formal que se ha dado al negocio se encuentra la misma empresa, lo que permite suponer que ésta velará por el cumplimiento de la convención, procurando, de esta manera, la satisfacción de la necesidad que impulsó a dicho tercero a contratar. Sólo asumiendo esta creencia es posible justificar que dicho tercero haya aceptado contratar con quien, incluso en ocasiones, carece del respaldo patrimonial necesario para cumplir con sus obligaciones, pues estima que la empresa, independientemente de que tenga o no la calidad de parte en el contrato, aun cuando se mantenga en las sombras, dado que en ella depositó su confianza, hará todo lo que depende de ésta para el sano y eficaz desarrollo del vínculo contractual.

El problema surge cuando, una vez perfeccionado el contrato, la empresa juzga que éste no es conveniente para sus intereses, con lo cual, prescindiendo de que la convención obedeció a la satisfacción de una necesidad de aquella, desligándose del rol relevante que le correspondió en la génesis de la convención, deja entregada la suerte de la misma a quien compareció instrumentalmente como parte de la misma, con el agravante de que ésta carece, en ocasiones, del patrimonio suficiente que permita satisfacer el derecho de prenda general del acreedor.

Para ello, se recurre a un expediente muy simple, cual es que en virtud del principio del efecto relativo de los contratos, éstos obligan solamente a aquellos que, material y formalmente, tienen la calidad de parte de los mismos, con lo cual la empresa se atribuye el carácter de tercero absoluto, a quien la convención que celebró otro que no la representa es del todo oponible.

Sobre la base de que tanto la empresa como aquél que suscribió el contrato en el interés de la primera son, por lo general, personas jurídicas, numerosos autores estiman que la empresa que no asume la calidad de parte y opta por mantenerse oculta, para no asumir una responsabilidad patrimonial que deja entregada a la persona jurídica que comparece con tal calidad, comete un abuso que el Derecho no puede amparar. El abuso de la forma de la persona jurídica justifica la llamada teoría del levantamiento del velo, según la cual el tercero que contrató puede comprobar que quien tiene realmente la calidad de parte en la convención no es la persona jurídica que formalmente aparece como tal, sino que otra, que injustificadamente se ha aprovechado de tal circunstancia para eludir su responsabilidad.

El efecto relativo de los contratos presenta, asimismo, consecuencias manifiestamente adversas para el tercero que contrató en las circunstancias antes descritas, como es, por ejemplo, la cláusula compromisoria que pudiera haberse estipulado en la convención. En efecto, como la empresa supuesta no tiene el carácter de parte, dicha cláusula no le empece en lo más mínimo, pues el árbitro llamado a conocer las dificultades que emanaran del incumplimiento del contrato sólo lo puede hacer en relación con quienes comparecen en aquella calidad.

En el mejor de los casos, inclusive si la resolución del árbitro fuera favorable a los intereses del tercero, la sentencia no podría ejecutarse sobre los bienes de la empresa, que es un tercero absoluto.

En el arbitraje comercial internacional, se ha intentado resolver el problema, en virtud de la teoría del grupo de compañías o sociedades, la cual ha sido preterida por nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, prefiriéndose la aplicación de la denominada teoría del levantamiento del velo.

A grandes rasgos, la teoría del grupo de sociedades, parte de la base de constatar que dentro de las múltiples transacciones que se celebran a diario es frecuente que existan sociedades o grupos de ellas que no aparezcan directamente suscribiendo determinados contratos que tienen por objeto el desarrollo social, no sólo de sí mismas, como si fueran islas independientes, sino que del grupo económico en su totalidad, evidenciando de esta manera que detrás de múltiples formas jurídicas aparentes subyace realmente, un único interés material-o “realidad económica única”.

La jurisprudencia arbitral comparada, es la que ha dado una fisonomía propia a la teoría del grupo de sociedades, explicando una autora que “...la jurisprudencia arbitral ha desarrollado lo que hoy se denomina la teoría del grupo de compañías. Esta doctrina nació en Francia en 1982 con el caso Dow Chemicals, en el cual el Tribunal Arbitral expresó que “independientemente de la personalidad jurídica de cada uno de los miembros, un grupo de compañías constituye una realidad económica única (une réalité économique unique) que el Tribunal Arbitral debe tener presente a la hora de determinar el alcance de su jurisdicción”². Continúa señalando que: “la doctrina del grupo de compañías establece, apartándose de la independencia formal de las diversas personas jurídicas que forman una misma estructura empresarial, que los efectos de un acuerdo arbitral expresamente aceptado por ciertas compañías de un grupo corporativo se pueden extender a otras compañías integrantes de ese grupo en razón de su rol en la negociación, ejecución o terminación del contrato base y de conformidad con la intención común de las partes del proceso. Incluso, se ha llegado a entender que el acuerdo de arbitraje tiene una validez y eficacia propia que imponen extender su aplicación a las partes que hayan estado directamente involucradas en la ejecución del contrato, de forma que es legítimo presumir que la cláusula arbitral ha sido aceptada por éstas y que conocen su existencia y aplicabilidad, así no hayan sido firmantes del contrato”³.

² SINISTERRA, Laura (2010): “Algunos apuntes sobre la teoría del grupo de compañías como fundamento para la extensión del pacto arbitral a no signatarios”, *Revista de Derecho Privado*, N° 44: p.7.
Véase también GAILLARD, Emmanuel *et. al.* (1999): *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya, Kluwer Law International), p. 281.

³ IBÍD., p. 8.

Véase también BORN, Gary (2009): *International Commercial Arbitration*, Tomo I (La Haya, Kluwer Law, tercera edición), p.1171.

Por su parte en nuestro país, y a diferencia de la teoría del grupo de sociedades la cual fue concebida estrictamente en relación con la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias, ya que incluye un problema más extenso que aquél, dado que mediante la técnica del levantamiento del velo lo que se pretende es hacer oponible un contrato, en todo o parte, a una parte no signataria. Tal contrato puede o no contener un acuerdo arbitral, y en la afirmativa, el levantamiento del velo permite extender tal acuerdo a las partes que no lo suscriben materialmente. Cabe señalar asimismo que a diferencia de la teoría del grupo de sociedades, la del levantamiento del velo goza de acogida en nuestro Derecho tanto en la doctrina⁴, como en la jurisprudencia⁵.

La Corte Suprema ha señalado que el levantamiento del velo "...postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente. Esta formulación doctrinaria tiene su fundamento en el principio de equidad, buena fe, no fraude a la ley y supone una excepción a la regla general del derecho de limitación de responsabilidad de los socios con respecto a las deudas de la sociedad de la que son partícipes (limitada al monto de sus aportes) y alcanzar a las personas que se encuentran detrás. El levantamiento del velo societario trata de corregir los abusos que se producen cuando la personalidad jurídica de la sociedad se utiliza como cobertura para

⁴ "Si bien durante mucho tiempo la doctrina nacional discutió su procedencia, a falta de norma que la consagrara en forma expresa, actualmente existe consenso en que ella es aplicable y constituye una eficaz herramienta para prevenir y reprimir los fraudes y abusos que se realicen al amparo de la personalidad jurídica de un ente colectivo". LÓPEZ (2015): "La sentencia del caso Salomón Catrilef Hernández y otros con Pesca Cisne S.A y la buena fe como fundamento de la doctrina del levantamiento del velo", en SAN MARTÍN, Lilian (edit.), *La Buena Fe en la Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters), p. 94.

⁵ Lo propio ha ocurrido en nuestra jurisprudencia nacional, pues un detenido examen permite constatar que, a partir del año 2002 la Corte Suprema ha apartado la personalidad en caso de instrumentalización de una entidad colectiva, invocando expresamente la doctrina del levantamiento del velo para penetrar el substratum de la persona jurídica, sin que exista norma que los faculte al efecto. Así lo revelan las sentencias pronunciadas en los casos Inversiones e Inmobiliaria Futur Land S.A. con Servicio de Salud Concepción de 2002, A.G.F. Allianz Compañía de Seguros Generales S.A. con Sociedad Naviera Ultragas Ltda. y Ultramar Agencia Marítima Ltda. de 2009 y Salomón Catrilef Hernández y otros con Pesca Cisne S.A. de 2010". LÓPEZ (2015): "La sentencia del caso Salomón Catrilef Hernández y otros con Pesca Cisne S.A y la buena fe como fundamento de la doctrina del levantamiento del velo", *IBÍD.*, pp. 95- 96.

eludir el cumplimiento de obligaciones consiguiéndose un resultado injusto o perjudicial para terceros y contrario al ordenamiento jurídico”⁶.

El problema que presentan los principios o teorías antes señalados es que contienen requisitos inherentes o propios para su aplicación, lo cual dificulta su prueba para quien pretende prevalerse de aquellos.

Por lo anterior y para sortear tales dificultades, propongo dos soluciones. La primera radica en que- y volviendo al ejemplo inicial- si bien en el contrato que celebra la persona jurídica que comparece como parte no tiene dicha calidad la empresa -que se mantiene oculta- no es posible dejar de reparar en la existencia de una relación jurídica diferente, ésta, entre la empresa y el tercero, que se perfila y adquiere una fisonomía definida al tiempo de las negociaciones que hicieron posible la formación del consentimiento.

En efecto, no es posible desconocer que en la citada etapa, mientras se negociaba el contrato con la participación, hasta entonces, manifiesta de la empresa, ésta acordó con dicho tercero que tendría la calidad de parte de la convención, no la empresa, sino que otra persona jurídica diferente, a lo cual dicho tercero manifestó su asentimiento. Tal acuerdo de voluntades es evidente, aunque no se hubiere dejado constancia escrita del mismo ni se hiciera referencia alguna a éste en el contrato que se celebra con posterioridad entre el tercero y la persona jurídica que asume instrumentalmente la calidad de parte, y no se hace posible conjeturar que sea irrelevante, en el sentido de que no produce efectos jurídicos. Por el contrario, creo que el referido acuerdo se realizó con la intención de crear derechos y obligaciones, por lo que participa de la naturaleza jurídica de un contrato.

Precisando lo expuesto, y a modo de explicación, es útil tener presente que durante la etapa de negociaciones para dar existencia jurídica a un contrato específico, suele crearse entre los intervinientes en dicho proceso relaciones jurídicas completamente diferentes de la convención cuyo consentimiento se pretende obtener, siendo posible que tales relaciones participen de la naturaleza de un contrato, si la intención perseguida es la de crear derechos y obligaciones.

⁶ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema en *FUENTES Y OTROS CON INMOBILIARIA BERGNEUSTADT LTDA.* (2017) considerando 23°.

Pienso que presentan este carácter los acuerdos de voluntad que, usualmente, no se observan bajo esta perspectiva, como es el llamado por algunos “contrato de licitación”, que nada tiene que ver con el contrato por el cual se ha llamado a licitación, y en el cual tienen la calidad de partes la persona o empresa que solicita la presentación de propuestas y aquellos que, en virtud de dicho llamado, efectúan las ofertas de conformidad con las bases de licitación, que engendra, para los proponentes o licitantes, la obligación de especial veracidad y exactitud en los antecedentes de las respectivas ofertas y en los elementos de las mismas; y, para quien llama a licitación, la obligación de adjudicar la propuesta a aquel oferente que mejor se ajuste a los requisitos y condiciones previstos en las bases de licitación.

Estimo que atribuir la naturaleza contractual a los actos antes mencionados, presenta singular importancia, toda vez que la infracción de las obligaciones contraídas en virtud de aquellos debe analizarse de conformidad con los principios y reglas a que se encuentra sujeta la responsabilidad civil contractual, y no, como piensan algunos que no reparan en la existencia de un contrato, en la responsabilidad civil extracontractual que emana de la ejecución de un hecho ilícito.

Volviendo al tema que nos ocupa, no debiera llamar la atención que en la etapa que precede a la formación del consentimiento para la celebración de un contrato específico, pudiera producirse entre quienes participan de las negociaciones de un acuerdo, en virtud del cual se convenga que quien tiene la calidad de interesado no va a comparecer como parte en el contrato, pues a lo menos instrumentalmente el que va a exhibir tal carácter será una persona diferente, lo que, como dije anteriormente, no es, por sí mismo, ilícito.

La causa o motivo que induce al tercero con quien se pretende contratar, a aceptar que no aparezca en la calidad de parte la persona con quien ha negociado y que, en realidad, la tiene, es la representación de que esta última “hará suyo”, por así decirlo, el contrato que se celebre y en el cual no figura como parte, lo que significa que espera contar con todos los esfuerzos que deberá desplegar quien opta por mantenerse en las sombras para que se cumplan a cabalidad las obligaciones que se contraigan en la citada convención.

Se hace posible observar, de esta manera, la existencia de una relación contractual, que aplicada a la situación de la empresa en la hipótesis que se ha supuesto, crea para ésta obligaciones que pueden sintetizarse en la de desplegar las acciones que sean pertinentes para

que el contrato en que no tiene la calidad de parte, se respete y cumpla a cabalidad, de manera que tal infracción de tal deber configura la infracción de una obligación que tiene como fuente un contrato, de lo que deriva la responsabilidad por la indemnización de perjuicios reparables a través del estatuto de la responsabilidad civil contractual.

El acuerdo de voluntades por medio del cual la empresa y el tercero convienen en que el contrato que se celebre tendrá la calidad de parte, no aquella, sino que un tercero que la primera designa, engendra obligaciones que, aunque no se hayan expresado, tienen la misma relevancia y significación de aquellas que explícitamente son objeto de una declaración. Ello, a la luz de lo que significa la ejecución de un contrato de buena fe, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil, sobre la base del cual es posible integrar a la convención obligaciones que surgen, precisamente, de la naturaleza de la relación de obligación que vincula a las partes.

La obligación que asume la empresa, que es coherente con el motivo que indujo al tercero a aceptar que no figure como parte en el contrato en que otro asume tal calidad, es, como he señalado antes, la de desplegar las conductas y comportamientos que hagan posible que la persona relacionada con la empresa que figura como parte cumpla a cabalidad y satisfactoriamente todos sus compromisos, de manera tal que el contrato realizado permita que el tercero obtenga la satisfacción de su interés.

De alguna manera, la empresa se obliga como garante, en el sentido de que hará todo lo que sea necesario para que quien comparece como parte cumpla las obligaciones contraídas. Así, por ejemplo, en el contrato de compraventa en que el interesado en comprar un determinado artículo es la empresa “XYZ”, conviniéndose en las negociaciones previas al contrato que tendrá el carácter de comprador una persona jurídica relacionada con la empresa, el acuerdo entre ésta y el tercero que comparecerá a dicho contrato como vendedor, impone a la empresa velar por que quien comparece como comprador, pague el precio en la forma convenida. No es que la empresa asuma la obligación de pagar el precio, que corresponde solamente a quien tiene la calidad de comprador, sino que la de ejecutar todas las acciones tendientes a que se efectúe el pago del precio de manera oportuna.

De lo expuesto, se hace posible inferir que la obligación de la empresa que nace de inmediato, es al de velar por que quien comparece como parte en el contrato celebrado en el

interés de aquella cumpla sus obligaciones. La otra obligación, para cuyo nacimiento se requiere el cumplimiento de una condición suspensiva, es que la empresa debe asumir patrimonialmente las consecuencias del incumplimiento de la persona que tiene la calidad de parte.

En otras palabras, en el evento de que dicha persona no cumpla su obligación, la empresa asume la plena responsabilidad por la indemnización de los daños que tal incumplimiento irroque al tercero con quien se contrató, siendo razonable concluir que la vía procesal para hacer efectiva tal responsabilidad es precisamente la pactada en el contrato celebrado con el tercero antes mencionado, esto es, mediante el arbitraje convenido, pues no se advierte razón que justifique que la responsabilidad de la empresa matriz o controladora deba hacerse efectiva por una instancia jurisdiccional distinta de aquella expresada en el contrato celebrado con la sociedad que, como hemos dicho, no es sino meramente instrumental.

En relación con lo antes expuesto, puedo concluir que la observación de las tratativas preliminares de las partes, bajo ciertas circunstancias, permiten concluir que en forma anterior al perfeccionamiento del contrato final o definitivo, existe otro contrato en virtud del cual la persona que no comparece suscribiendo el instrumento que contiene la convención posterior asume la obligación de velar por el fiel cumplimiento del contrato y, en lo que más interesa, la de someterse a la jurisdicción arbitral convenida en caso de infracción, debiendo, por cierto, asumir la plena responsabilidad civil que tal incumplimiento irroque al tercero con quien se contrató.

Por último y como segunda solución -que propongo sucintamente- es que al menos en nuestro Derecho, no es necesario recurrir a una doctrina, técnica o teoría autónoma o con fisonomía propia o independiente, para conseguir el efecto propuesto, cual es el de extender el acuerdo arbitral a partes no signatarias ante determinadas circunstancias que lo justifican, siendo suficiente con la aplicación adecuada al caso concreto de los principios fundamentales del derecho de los contratos.

En ese sentido, estimo que no es necesario construir y recurrir a una teoría autónoma, con requisitos inherentes, como lo es la del levantamiento del velo, para operar en un caso concreto el efecto antes mencionado, siendo preferible, en cambio, aplicar a dicho caso

determinados principios que informan el derecho de los contratos, como lo son por ejemplo, el principio del aprovechamiento injusto, la teoría de los actos propios y el abuso del derecho y el principio de la buena fe.

Lo anterior, sosteniendo que una interpretación hecha sobre la base de dichos principios, aplicados a la convención en que los derechos y obligaciones que motivan el conflicto reconocen su fuente, puede ser suficiente para determinar la extensión subjetiva del acuerdo arbitral.

A modo de conclusión me permito hacer las siguientes reflexiones finales:

- 1) El problema acerca de la extensión subjetiva u oponibilidad del acuerdo arbitral a personas que no han suscrito materialmente el instrumento en que aquél consta, ha sido objeto de análisis por la doctrina y jurisprudencia, recurriendo éstas a la creación de diversas teorías que buscan solucionar la situación que se produce como consecuencia de la aplicación a ultranza del efecto relativo de los contratos. Las teorías así creadas suponen, para operar sus efectos, requisitos propios y específicos, como ocurre con la del grupo de sociedades y la doctrina del levantamiento del velo societario.
- 2) En mi opinión, la forma de solucionar el problema sobre la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias, parte de la base de observar que la participación que cabe a ciertas personas durante las tratativas preliminares de las partes, bajo ciertas circunstancias, permite concluir que en forma anterior al perfeccionamiento del contrato final o definitivo, existe otro contrato en virtud del cual la persona que no comparece suscribiendo el instrumento que contiene la convención posterior asume la obligación de velar por el fiel cumplimiento del contrato y, en la hipótesis de infracción de éste, la de someterse a la jurisdicción arbitral convenida y, por cierto, asumir la plena responsabilidad por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento irroque al tercero con quien se contrató.
- 3) Por último, creo posible que en virtud de la aplicación directa al caso concreto de variados principios que informan el derecho de los contratos-como por ejemplo el principio del aprovechamiento injusto y el abuso del derecho; la teoría de los actos propios y el principio de la buena fe-a la convención en que los derechos y

obligaciones que motivan el conflicto reconocen su fuente, es suficiente para determinar la extensión subjetiva del acuerdo arbitral a partes que no han suscrito materialmente dicho contrato. La relevancia de esta consideración estriba en que, a mi juicio, no es necesario ni conveniente construir y recurrir a una teoría autónoma, con requisitos inherentes, como consecuencia, como lo es la del levantamiento del velo societario, para operar en un caso concreto el efecto antes mencionado, siendo preferible, en cambio, aplicar a dicho caso los citados principios.

: