



REFLEXIONES ACERCA DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO: A PROPÓSITO DE SU APLICACIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL



Alejandra Mariel Mori Sáenz (*)

Marco Andrei Torres Maldonado (**)

Fecha de publicación: 01/04/2013

“(...) El concepto de persona jurídica en sentido jurídico es unitario constituye una ‘imagen y semejanza’ del de persona en sentido filosófico, con lo que se quiere decir, de un lado, que es una entidad distinta de ésta, pero que no se pueden separar ontológicamente más allá de una cierta medida, y que por consiguiente, no hay una mera equivocidad en los términos sino una real analogía y una como transfusión de los valores de la personalidad ética en la personalidad en sentido jurídico, por lo que también dentro del Derecho tiene que darse esta analogía y transfusión entre la subjetividad jurídica en general y la persona jurídica en particular (...)”

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: Filosofía del Derecho.

Sumario: a) Introducción 1) Sujeto de derecho y persona jurídica: Breves apuntes acerca de su conexión dogmática y

(*) Estudiante de la Escuela de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Practicante en Juzgado de Investigación Preparatoria del Poder Judicial - Sede Lima Norte.

(**) Estudiante de la Escuela de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán”. Asistente de cátedra de Derecho Civil, en los cursos de Derecho de las Personas y Acto Jurídico en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad San Ignacio de Loyola. Coordinador académico de la Revista Universitaria “Liberatio”. Diplomado en Nuevas Tendencias del Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Curso de Formación de Árbitros en la Escuela Iberoamericana de Postgrado y Educación Continua. Colaborador de Gaceta Jurídica.
marcotorresmaldonado@gmail.com

fáctica. 2) Persona jurídica: ¿crisis del concepto? 3) La Sociedad anónima: ¿Hito paradigmático de las personas jurídicas con fines de lucro? 4) El objeto social como presupuesto normativo y actividad de la sociedad. 5) Reflexiones sobre la Teoría del Levantamiento del Velo Societario. 5.1) Notas sobre sus antecedentes históricos y un enfoque acerca de su naturaleza conceptual. 5.2) Abuso del derecho y fraude a la ley: Sobre supuestos de aplicación. 5.3) La Teoría del Levantamiento Societario: Un análisis desde el Derecho comparado. 6) ¿Es viable la aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Societario en el Perú?: Nuestra posición. b) A manera de conclusión. c) Bibliografía revisada.

a) Introducción:

En el desarrollo de las diversas situaciones fácticas observamos como las personas se agrupan para conseguir fines comunes. Tales asociaciones permiten desarrollar intereses que sólo se pueden obtener en un marco de colaboración mutua. Estas formas de asociación pueden ser para obtener una utilidad económica por los asociados, conocidas típicamente como sociedades, o para fines no patrimoniales, como la práctica de interés deportivo o espiritual, caso en el cual se menciona a las asociaciones, fundaciones y comités.

La sociedad anónima, como paradigma central de las personas jurídicas con fines de lucro, en nuestros días ha adquirido enorme trascendencia en el *topos* de los económico y social. Sin embargo, esta organización en muchas veces en el desarrollo normal y diligente de su objeto social ingresa a un ámbito patológico cometiendo fraude a la ley o abusando de su derecho. El estudioso del Derecho debe ofrecer soluciones e interpretaciones provechosas para los problemas que se plantean en el ordenamiento jurídico en cada momento. A veces esas cuestiones dudosas son fruto de la actualidad de problemas vinculados al momento histórico del modo más inmediato. Es así que hace unas décadas a nivel jurisprudencial surgió la Teoría del Levantamiento del Velo o “*Disregard of the legal entity*” cuyo aspecto teleológico *grosso modo* era el de prescindir de la parte externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, llegar a las personas que se esconden bajo su cobertura. La presente investigación busca desarrollar un tratamiento integral acerca de este dogma y dilucidar si es factible su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

1) Sujeto de derecho y persona jurídica:

La Teoría del sujeto de derecho¹ es una institución que reconoce jurídicamente al ser humano como un ser social. La conducta, la voluntad y, en sí, el quehacer humano genera normalmente efectos jurídicos que previamente canalizados por la ley, es decir fijados sus requisitos y aceptadas sus consecuencias, determinan un acto jurídico. Pero una cosa es la regulación de los actos que lleva a cabo el hombre y otra, diametralmente distinta, es la ordenación jurídica de aquel que la realiza que, entendido está, no sólo es diferente biológicamente a sus congéneres sino que varía en su estado, calidad o condición. El hombre por naturaleza es un ser social lo que implica que esté en permanente interacción con el Derecho. HERNÁNDEZ GIL² señala que “la persona constituye un *prius* respecto al Derecho y la sociedad”. Ser sujeto implica jurídicamente ser titular, pero ¿de qué?, de facultades y deberes, de derechos y obligaciones puesto que de ellos que se entretajan las relaciones jurídicas.

En doctrina se ha sostenido que el sujeto de derecho “es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. En la experiencia jurídica - en la dimensión existencial - este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano antes de nacer o después de haberse producido este evento ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas”³. Para nosotros sujeto de derecho es aquel ente a quien se le adjudican facultades y deberes, derechos y obligaciones que le permiten su desarrollo y que pueda llevar a cabo sus relaciones sociales en un contexto jurídico. El sujeto de derecho viene a presentarse, entonces, como un ser jurídico pues vale, importa y trasciende en el Derecho. Esto es lo elemental, ser la razón de la teoría del Derecho en el sentido que es el hombre, en su dimensión social, al cual se le categoriza

¹ El sujeto de derecho desde el punto de vista jurídico es el centro de imputación de derechos, deberes y obligaciones, (adquirir derechos y contraer obligaciones), es un estado ideal, es decir, el sujeto de derecho no existe materialmente, sino que el sujeto de derecho se encuentra en un estado de expectativa, se encuentra en el aspecto subjetivo de la persona, y a su vez no es externo al derecho. Y en general solo es atribuible al ser humano, el cual debe de gozar de la protección por parte del derecho. Asimismo se ha señalado que “sujeto de derecho a aquel, cuyo poder de voluntad es reconocido y garantizado por el orden jurídico en la esfera del mismo derecho”. MAZEAUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1965, pág. 84. “La posibilidad de ser titular de derechos (y correlativamente la de tener obligaciones) constituye la categoría jurídica de los sujetos de derecho”. KORZENIAK, José. *Conceptos fundamentales del Derecho*. Vol. I. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1988, pág. 25.

² *Cit.* DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Una Teoría del Derecho*. Sexta Edición. Ed. Civitas. Madrid, 1993, pág. 290.

³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Decimoprimer Edición. Ed. Grijley. Lima, 2009, pág. 03.

jurídicamente a efectos de otorgarle las herramientas indispensables para generar la validez en sus actos y para prestarle seguridad y amparo requerido.

Ahora bien, una forma típica de este sujeto de derecho está representada en la persona jurídica. En la vida hay fines individuales que perseguir y a éstos provee el hombre, y hay fines que trascienden la esfera de los intereses individuales que sobrepujan las fuerzas del hombre singular, que perduran mas allá de la vida humana, cuya realización es perseguida por entes que se forman en la vida social y que el derecho acoge en su seno. Tales entes sociales, reconocidos por el Derecho objetivo, que tienen normalmente por función el cumplimiento de fines comunes y duraderos, son a los que llamamos personas jurídicas⁴. FERRARA⁵ sostiene que “junto a las personas físicas existen y son reconocidas por el Derecho otros sujetos jurídicos que no son hombres, los cuales también quieren, obran, persiguen sus fines a semejanza de aquellos; estos son las personas jurídicas”. La persona, como sujeto de Derecho, puede ser una persona individual, persona natural, física, de existencia visible. Sin embargo, el Derecho reconoce la existencia de la persona jurídica en mérito de la necesidad humana de que se cumplan importantes finalidades sociales, que individualmente no podrían ser alcanzadas (*Afectio Societatis*). Es de exigencia imprescindible la unidad de acción y de dirección de esfuerzos comunes, para la consecución de tales efectos; y de ahí, la necesidad de considerar como una persona jurídica el conjunto de individuos vinculados por determinados fines de carácter colectivo.

Como refiere el LÓPEZ DE ROMAÑA⁶, “las personas jurídicas son centros de imputación normativa, creaciones del Derecho para que los seres

⁴ Así consideraba el maestro León Barandiarán cuando afirmaba que “el orden jurídico debe aportar una regulación, una disciplina adecuada para traducir jurídicamente las tentativas que los hombres asociados u organizados se proponen, debe acordar protección. Por lo demás, no significa esto que todas estas formas sociales merezcan en igual medida la tutela jurídica, porque algunas, ya por falta de cohesión en las agrupaciones, ya por la índole de los fines a que tienden, o ya por los escasos medios que disponen, no son tenidas en especial consideración por las leyes –lo cual no quiere decir que queden en absoluto sin protección, pues gozan de aquella que los individuos que las componen traen consigo-, mientras que otras asociaciones e instituciones son acogidas en el seno de la ley, se les da una posición o situación en la vida del derecho, sin ser, en fin, reconocidos legalmente. Y este reconocimiento legal tiene por efecto elevar a estas totalidades colectivas o establecimientos a la categoría de personalidades autónomas, aun único sujeto de derechos. Así surge la categoría de las personas jurídicas”. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Gaceta Jurídica. Lima, 2002, pág. 14.

⁵ FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Trad. Eduardo Ovjro y Maury. Ed. Reus. Madrid, 1929, pág. 1030.

⁶ LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier de Belaúnde. *Personas Jurídicas (propuestas de enmienda)*. En: *Los diez años del Código Civil Peruano*. Primera edición. Lima, 1995, págs. 257 y 258. Así mismo se ha manifestado que “La persona jurídica es la organización encaminada a la

humanos organicen sus actividades con el propósito de realizar fines que el orden jurídico estima amparables; son pues, un instrumento de organización de la sociedad”, por ello, en todos los ámbitos de la vida social las encontramos sirviendo a este propósito. Desde el punto de vista jurídico son abstracciones, reducciones a la unidad. Es un ente colectivo, múltiple, en el sentido de que está integrada por varios sujetos. Así, puede estar conformada por personas naturales, personas jurídicas o sólo por personas jurídicas. La pluralidad en las entidades colectivas nos hace ver que éstas pueden estar constituidas por dos o más personas singulares, pero de ninguna manera por una sola de ellas. Se trata pues, de un elemento esencial sin el que no pueden existir las personas morales. El único caso en que se rompe esta multiplicidad es en el caso de la empresa⁷ individual de responsabilidad limitada (E.I.R.L.) la cual puede ser conformada solo por una persona natural.

2) Persona jurídica: ¿crisis del concepto?:

En la actualidad se habla con frecuencia de la crisis de la persona jurídica. Se identifica la crisis con la proliferación de sociedades de capital, en las cuales existe una radical separación entre la personalidad y patrimonio de la sociedad y la de los socios. Se dice que detrás de estas sociedades no existe propiamente "asociación", sino sólo el propósito de separar ciertos bienes de modo que sólo esos bienes, atribuidos a la persona jurídica, respondan de las obligaciones contraídas en el giro de una cierta

consecución de un a la que el derecho acepta como miembro de la comunidad, otorgándole capacidad jurídica”. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil: Introducción y Parte General*. Bosch Editor. Barcelona, 1996, págs. 375 y 378.

⁷ La persona jurídica es un sujeto de derecho con voluntad y forma. Es una forma legal de colectividad y tiene una individualidad jurídica colectiva; la sociedad, podemos decir que se encuentra dentro de este ente colectivo. Puede ser simple o compleja y su estructura jurídica le da la forma a la voluntad colectiva, con fin lucrativo. La empresa y la sociedad se interrelacionan dependientemente, la empresa puede ser grande o pequeña, tiene como función el bien común y su fin es el bienestar social. Es un todo comprendido por personas, patrimonios, relaciones jurídicas, local, clientela, nombres, etc. Es una organización de personas con valores y metas comunes y reglas que lo rigen y es base a ello que funciona como un centro de producción de bienes y servicios, sin que exista la necesidad de que tenga que constituirse legalmente. Según Del Vecchio, para comprender la existencia de la persona jurídica conviene partir del concepto de que existe fines que el individuo no puede alcanzar por sí solo, ya que superan las fuerzas y los límites de la vida individual. En relación con estos fines, se forman naturalmente organizaciones que poseen una estructura interna, una existencia física, y una personalidad propia. DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho*, pág. 403. *Cit.* VÁSQUEZ, Alberto, *Derecho de las Personas*. Lima, 2005, pág. 16. Así pues, la persona jurídica es, en este sentido, una categoría dogmática que, en opinión de De Los Mozos, viene a vincularse de alguna manera "a las llamadas teorías realistas, es decir, a aquellas que ven en esta forma jurídica, L10 una invención artificiosa de la norma, sino la traducción al mundo del Derecho de un fenómeno de la realidad social". DE LOS MOZOS. *Derecho civil: Método, Sistemas y Categorías Jurídicas*. Madrid, 1988, pág. 240.

empresa. Qué duda cabe que la personalidad jurídica nace para satisfacer la necesidad que la misma sociedad impone a la definición de modelos de organización mercantil de los sujetos que la componen, siendo otorgada como una herramienta para favorecer el avance económico, permitiendo aunar esfuerzos bajo un interés común, una sola dirección y, lo más importante, bajo un solo patrimonio.

De esta necesidad y requerimiento, el ordenamiento jurídico reconoce la separación entre la persona jurídica y los miembros que la componen, imponiéndole derechos, obligaciones y responsabilidades, considerándola como una entidad distinta, permitiendo que se le aplique un sistema normativo completo con independencia de su sustrato personal. Tal noción es entendida como el fenómeno del hermetismo de la personalidad jurídica⁸, que refleja la idea de completa incomunicación entre los intereses del ente personificado y los sujetos individuales que la componen. Es en este hermetismo de la persona jurídica, como indica BOLDÓ RODA⁹, donde “propiedades, deudas o créditos de la persona jurídica nada tienen que ver con los miembros de ella ni viceversa (...), se manifiesta tanto en el ámbito interior, donde en virtud del principio de que la decisión mayoritaria declara la voluntad de la persona jurídica, se afirme el poder libre e incontrolado de los órganos rectores, como en el ámbito exterior, donde la personalidad de la sociedad anónima excluye las de los socios, de modo que su conducta como individuos será indiferente a la sociedad”.

En síntesis, la persona jurídica goza de autonomía patrimonial¹⁰, ya que existe independencia entre los patrimonios de los socios y la sociedad

⁸ La característica singular que presenta la sociedad anónima, más que en las demás personas jurídicas, como se describe en el artículo 78° del Código Civil, “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”; ello representa el dogma de impenetrabilidad y base de constitución del patrimonio social autónomo. A su vez, en la Ley General de Sociedades, en el artículo 51° se establece que los socios accionistas no responden personalmente por las deudas sociales.

⁹ BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del Velo y Persona jurídica en el Derecho Privado español*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2000, pág. 41. Así mismo se ha sostenido que “una mayor perfección del sistema se logra cuando se establece la separación, al punto que el socio ya no responde por las obligaciones de la sociedad. Aparece así la responsabilidad limitada. La forma paradigmática de esta forma asociativa comercial es la sociedad anónima: no hay ya comunicación en ella entre la responsabilidad de la sociedad y la de los socios. Se ha erigido una valla separativa de responsabilidad: el muro de la responsabilidad limitada”. DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho privado)*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1991, pág. 02.

¹⁰ Lo anterior tiene particular importancia por el trinomio persona jurídica, sociedad y empresa. Según nuestro ordenamiento jurídico una vez que una sociedad constituida cumpla con los requisitos legales se vuelve un ente totalmente independiente de sus miembros obteniendo personalidad jurídica, existiendo una relación de género a especie entre ésta y la sociedad. Por

surge así el llamado "dogma del hermetismo de la persona jurídica" reflejado en que las propiedades, créditos y deudas de la persona jurídica no tienen nada que ver con los de los socios ni viceversa. Este supuesto ha conllevado a cuestionar la verdadera naturaleza de la persona jurídica, pues es justamente este hermetismo el que provoca la deformación del concepto de persona jurídica y los abusos en la utilización de la misma.

3) La Sociedad anónima: ¿Hito paradigmático de las personas jurídicas con fines de lucro?:

Como señalaba MONTOYA MANFREDI¹¹ “La forma de organización económica de nuestros días, debe responder a las necesidades de satisfacer las exigencias de grandes masas de consumidores de bienes y servicios. Por ello, ha sido necesario organizar entidades que puedan producir bienes de consumo o proporcionar servicios, destinados a gran número de consumidores. La sociedad anónima es la sociedad de capital por excelencia. En ella se desvanece como elemento esencial la persona y lo que interesa es el capital. La sociedad anónima es una sociedad de capitales, con responsabilidad limitada, en la que el capital social se encuentra representado por acciones, en la que la propiedad de las acciones está separada de la gestión de la sociedad. Nace para una finalidad determinada. Los accionistas no tienen derecho sobre los bienes adquiridos, pero sí sobre el capital y utilidades de la misma”.

La sociedad anónima¹² es la sociedad de capital por excelencia. En ella se desvanece como elemento esencial la persona y lo que interesa es el capital. La sociedad anónima es una sociedad de capitales, con

otro lado, el concepto de empresa se relaciona con el anterior, ya que esta última al menos es una persona jurídica que la mayoría de las veces ocupa el ropaje de sociedad. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia administrativa y judicial. Es por tanto la dirección de la empresa quien define la forma en que se organizan los diversos elementos y fines de la misma, cuestión que deriva de la yuxtaposición de ésta y el derecho de propiedad, ya que quienes detentan los medios de producción definen su propio giro, cuestión que contribuye a la confusión apuntada. Naturalmente esto es propio de “la forma en que se organiza el capital, aunque desde una perspectiva laboral este es uno de los recursos que concurren a la formación de la empresa, pero en este sistema la califica para su dirección”. ROJAS MIÑO, Irene. “El peculiar concepto de empresa para efectos jurídico laborales: implicancias para la negociación colectiva”. En: *Ius et Praxis*. Año 7. N 2. Talca, 2001, pág. 418.

¹¹ MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles*. UNMSM. Lima, 1967, pág. 08.

¹² En el siglo XIX hubo un auge en la realidad económico social y aparecieron las sociedades anónimas. “Se dice que se trata en la sociedad anónima de una función persuasiva. Quiere “persuadir de la existencia, en el mundo del derecho, de otras ‘personas’ además de los seres humanos y, por esto, de la existencia de intereses sobrehumanos y de voluntad sobrehumana;

de derechos, de poderes, de deberes, de responsabilidad pertenecientes ‘personas’ distintas de los seres humanos”. GALGANO, Francesco. *Derecho Comercial*. Ed. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1999, pág. 97.

responsabilidad limitada, en la que el capital social se encuentra representado por acciones, en la que la propiedad de las acciones está separada de la gestión de la sociedad. Nace para una finalidad determinada. Los accionistas no tienen derecho sobre los bienes adquiridos, pero sí sobre el capital y utilidades de la misma. En ese sentido, GARRIGUES¹³ señala que “la sociedad es el instrumento jurídico de conjunción de medios económicos que exceden la capacidad del hombre aislado, siendo la sociedad anónima, la máquina cosechadora de capitales. La creciente necesidad de capital de la industria, que se encuentra en constante expansión y renovación a impulso de los incesantes adelantos de la técnica y del aumento de la demanda, se ha servido de éste mecanismo jurídico (la sociedad anónima), para utilizarla como colector del ahorro público. Es por ello que a este mecanismo colector del dinero se procura hacerlo atractivo para las inversiones”.

Es importante mencionar que “A la aparición de sociedad anónima, de manera primigenia e histórica, se le ha asociado como el comienzo de la crisis de la persona jurídica, por la llamada ‘deshumanización de la propiedad’ y la ‘insensibilidad de los tenedores de acciones’, todo ello por el hecho que la *affectio societatis* que primaba en las asociaciones tradicionales pasó a ocupar, al parecer, un segundo lugar en las sociedades de capitales; sin embargo ello no es más que una apreciación subjetiva que no se condice con la razón de la existencia de este ente social. Que hayan ido apareciendo situaciones que han motivado el desarrollo de doctrinas como la del levantamiento del velo societario no es razón para hablar de crisis de la persona jurídica, por el contrario, se trata de una forma de neutralizar conductas que pretenden valerse de esta categoría jurídica y de los privilegios legales que se dan para fines distintos, burlando así la ley”¹⁴.

Una sociedad anónima¹⁵, cuya constitución se conforma con el mínimo de dos personas. El capital está representado por acciones

¹³ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Ed. Porrúa. México, 1993, pág. 306.

¹⁴ GUERRA CERRÓN, Jesús María Elena. *Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Lima, 2007, pág. 22.

¹⁵ Creemos que con la aparición de la sociedad anónima hubo una tendencia a hablar de la crisis de la persona jurídica, pero Galgano dice que ésta “no afecta a la empresa capitalista en sí, sino que afecta a aquella particular forma jurídica de la empresa capitalista próxima, y al agotamiento definitivo de su ciclo histórico. El ciclo histórico se inicia en el momento en que la burguesía mercantil e industrial concibe grandes proyectos empresariales, que para ser realizados requieren ingentes capitales que aquella por sí sola, no posee”. GALGANO, Francesco. *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad Anónima, Estado y clases sociales*. Trad. de Manuel Broseta Pont y Carmen Alborch Bataller. Fernando Torres Editor. Valencia, 1980, pág. 151.

nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden por las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima. Este tipo de sociedad puede ser genérica (S.A.), así como puede ser una Sociedad anónima Cerrada (S.A.C.) que no tiene más de veinte accionistas y no tiene acciones inscritas en el Registro Público o una Sociedad Anónima Abierta (S.A.A.) que para constituir tiene más de setecientos cincuenta accionistas. En este último tipo de sociedad, está bajo el control de la CONASEV¹⁶.

4) El objeto social como presupuesto normativo y actividad de la sociedad:

En las personas jurídicas con fines de lucro, los negocios se circunscriben, según el artículo 11¹⁷ de la Ley General de Sociedades a aquellos negocios y actividades lícitas que constituyen su objeto social. El objeto además constituyen los actos afines y conexos a la actividad de sociedad. Toda sociedad debe contar con un objeto social, circunscrito por negocios u operaciones lícitas, descritas detalladamente y se debe precisar cada actividad a realizar, no pudiendo ser genérico, la norma es imperativa en este sentido.

Se denomina objeto social a la actividad¹⁸ o conjunto de actividades económicas que la sociedad establece en el Estatuto Social, la misma que influye notablemente sobre del negocio asociativo, tiene una función de garantía que se puede apreciar desde el ángulo de la sociedad, los socios y terceros. Con relación a las actividades de la sociedad, fija el ámbito de las mismas y el de sus administradores y representantes, el objeto social es la pauta interpretativa para atribución de responsabilidad, enmarca la competencia del obrar de los órganos sociales que se expresa en las actividades en que cabe sea invertido el patrimonio social, y permite definir

¹⁶ La CONASEV, que es la Comisión Nacional Supervisora de Empresas de Valores, es la entidad encargada de supervisar y controlar a la Sociedad anónima abierta, estando facultada para reglamentar las disposiciones relativas a estas sociedades contenidas en la Ley General de Sociedades, cuya supervisión y control se encuentra a su cargo.

¹⁷ Según el artículo 11° de nuestra Ley General de Sociedades, “La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitas cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entiende incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuvan a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el Pacto Social o en el Estatuto. La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas”. En ese sentido, el objeto social está constituido por los actos o categorías de los actos que en virtud del Pacto Social de constitución podrá realizar la sociedad, para lograr el fin común al que aspiran los socios.

¹⁸ No obstante, “No debe confundirse objeto con actividad: el objeto está determinado por la categoría de actos para cuyo ejercicio se constituyó la sociedad; la actividad, en cambio, es el ejercicio efectivo de actos que realiza la sociedad en funcionamiento”. GUERRA CERRÓN. Jesús María Elena. *Ob. cit.*, pág. 86.

el interés social. Según Gagliardo¹⁹ el objeto social “tiene incidencia en la esfera de actividad de la sociedad, en los derechos de socios y seguridad jurídica de terceros”. Respecto a los socios, delimita la vinculación inherente a sus declaraciones de voluntad en el momento constitutivo, pues el accionista manifiesta su voluntad en consideración al objeto social, ya que de las actividades económicas que pretenda ejecutar la sociedad depende su decisión de colocar o no sus ahorros como aporte al capital de la sociedad. En cuanto a los terceros, permite conocer los actos que los integrantes del órgano de representación pueden realizar para obligar válidamente a la sociedad, otorgándoles la seguridad jurídica.

La ley prohíbe enfáticamente que la sociedad no pueda tener como objeto social el desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades. Cabe señalar que el objeto social puede ser modificado o ampliado y esto amerita una modificación parcial del estatuto. Estas exigencias de la ley implican que el Registro no inscribirá la escritura de constitución ni sus modificaciones, cuando no se haya descrito puntualmente el objeto social, como lo señala la ley. En el caso de personas jurídicas sin fines de lucro sus actividades son altruistas, que buscan el bienestar de un grupo de personas, sector o parte de una sociedad, y en su mayoría de casos los fines se concentran en actividades específicas, como por ejemplo una asociación dedicada al servicios de los niños más desprotegidos, a los discapacitados, etc. Una persona jurídica de carácter público, se circunscribe en las actividades de carácter público, acorde a las normas y reglamentos establecidos por el Estado.

5) Reflexiones sobre la Teoría del Levantamiento del Velo Societario:

5.1. Notas sobre sus antecedentes históricos y un enfoque acerca de su naturaleza conceptual:

Si bien es cierto como regla general, la sociedad es una persona distinta y separada de los accionistas, inclusive cuando se trata de un único accionista. En este sentido, sobre la base de la responsabilidad limitada de las personas jurídicas, los accionistas responden por las deudas de su empresa hasta el valor de su inversión, no siendo responsables por dichas

¹⁹ GAGLIARDO, Mariano. *Sociedades Anónimas*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998, pág. 363. De igual manera se ha manifestado que “El aporte a una sociedad está constituido por el bien o los bienes que el socio se compromete a poner a disposición de la sociedad con el fin de que ésta pueda ejecutar las actividades descritas en el objeto social. Se considera como importante la necesidad de una relación entre objeto y capital social”. MASCHERONI, Fernando H. *Sociedades Anónimas*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999, pág. 54.

deudas con su patrimonio personal²⁰. Este mecanismo de responsabilidad limitada del que gozan las personas jurídicas constituye un incentivo para que los accionistas inviertan, facilitando el desarrollo de las actividades de las empresas en el mercado. Sin duda, hoy en día resultaría difícil, por no decir imposible, por las consecuencias que ello implica, imaginarnos una sociedad sin responsabilidad limitada.

Ahora bien, esta responsabilidad limitada, que ha permitido el pleno desarrollo de las empresas en el mercado, es justamente lo que ha dado lugar a una serie de situaciones²¹ en las cuales se ha cuestionado si la valla entre el patrimonio de las empresas y de los accionistas debiera siempre ser respetada. Dentro del amplio grupo de teorías que optan por la no desvalorización de la persona jurídica como institución jurídica configuradora de una realidad mercantil y civil pero exigiendo, a la vez, el establecimiento de mecanismos de control que eviten el abuso del modelo legal cabe enmarcar, como máximo exponente, la que propugna la aplicación judicial de la llamada teoría del levantamiento del velo societario.

Esta técnica fue denominada en los Estados Unidos de América “*Disregard of legal entity doctrine*”. HURTADO COBLES²² manifiesta que “el inicio de su aplicación en el sistema judicial americano se suele situar en el caso *Bank of the United States v. Deveaux* que en 1809 resolvió el célebre juez Marshall. Planteada la cuestión en términos de competencia jurisdiccional, éste mantuvo la competencia del Tribunal Federal en el caso enjuiciado proclamando que aunque una de las partes fuera una sociedad se debía atender a la realidad de sus socios como personas individuales componentes de esta”. Posteriormente, fue en Inglaterra, en el año 1897, cuando por primera vez se planteó la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario. En el famoso caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*²³, si bien el juez de primera instancia y el Tribunal de Apelación

²⁰ De acuerdo al artículo 78 del Código Civil Peruano “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”.

²¹ “En efecto, la multiplicación de situaciones de fraude y el sentido de justicia hicieron que se apreciase la necesidad de encontrar una herramienta que permitiera operar sobre el tema del abuso o del fraude cometido mediante la utilización de la personalidad jurídica de las empresas, produciéndose, como consecuencia, una importante reacción a nivel doctrinal y jurisprudencial”. LÓPEZ MESA, Marcelo y CESANO, José Daniel. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 2000, pág. 102.

²² HURTADO COBLES, José. *La doctrina del levantamiento del Velo societario*. Atelier Editorial. Barcelona, 2000, pág. 28.

²³ “Salomon desarrollaba un negocio individualmente, luego constituye una sociedad con seis miembros más que al parecer eran solamente sus testaferros y cuando la sociedad se liquida, el

aplicaron la doctrina del levantamiento del velo societario, paradójicamente, la Cámara de los Lores revocó por unanimidad los fallos, sosteniendo que Salomon no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, ratificando de esta manera el hermetismo de la persona jurídica.

Serían las cortes de los Estados Unidos de América²⁴ las que, sobre la base de la equidad²⁵, desarrollaron y aplicaron la denominada doctrina del “*disregard of the legal entity*” o “*piercing the corporate veil*”. Luego, se divulgó dicha doctrina en Europa, para más tarde llegar a Latinoamérica, siendo recogida jurisprudencialmente y luego, en algunos países, positivizada. Según esta doctrina, en aquellos supuestos en los que el intérprete del Derecho llegue a la apreciación de que la persona jurídica se ha constituido con el ánimo de defraudar a la ley o a los intereses de terceros, o cuando -no como objetivo, sino como resultado- la utilización

pasivo era muy grande. Si bien en este caso no se levantó el velo societario, sí se destaca el fallo emitido por el magistrado Vaughan Williams, quien se mostró conforme con el planteamiento del liquidador de la empresa Salomon & Co. Ltda., señalando que los suscriptores del negocio fundacional distintos a Salomón eran meros testaferros y que el solo propósito del señor Salomón, al formar la sociedad, fue usarla como un “agente” que hiciera negocios por él. El Tribunal de Apelación llegó a una conclusión similar señalando que los actos de compañía “Companies Acts” concedían el privilegio de la responsabilidad limitada sólo a los genuinos accionistas independientes, que aportaban su capital para comenzar una empresa, y no a un hombre que en realidad era el único propietario del negocio y que sólo se dedicó a encontrar seis testaferros juntos para cumplir las formalidades de constitución de un ente social. Sin embargo, en revisión, la Cámara de los Lores revocó por unanimidad los fallos del juez Williams y del Tribunal de Apelación, manteniendo el respecto a la autonomía patrimonial, sosteniendo que el señor Salomón no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, que las obligaciones fueron válidamente emitidas y que el Derecho de garantía que pesaba sobre los activos de la sociedad era efectivo contra ésta y sobre los acreedores”. YAGÜEZ, Ricardo de. *La doctrina del levantamiento de velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*. Ed. Civitas. Madrid, 1997, pág. 62.

²⁴ Hoy en día la doctrina del levantamiento del velo societario ha sido aplicada en innumerables ocasiones, siendo que hoy en día, inclusive, se ha desarrollado lo que se denomina el “*reverse veil-piercing theory*” (teoría del levantamiento del velo revertido). En efecto, en un caso en el cual el Internal Revenue Service (IRS) había demandado que las deudas tributarias de Thomas Bridges sean pagadas por las empresas respecto de las cuales éste era accionista por considerar que dichas empresas eran el “alter ego” (instrumento o agente) de Bridges, el Décimo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América estableció que en este caso se presenta el fenómeno que se denomina “*reverse veil-piercing theory*”, por cuanto el IRS busca levantar el velo de una de las empresas de Bridges y usar los activos de dicha empresa para satisfacer las obligaciones individuales del accionista. No obstante, la Corte desestimó la solicitud del IRS, señalando que si bien en la práctica de la tributación federal se ha aplicado esta teoría en diversos supuestos, no puede aplicarse cuando terceros se vean perjudicados. (<http://www.kscourts.org/ca10/cases/1998/08/96-3166.htm>).

²⁵ La equidad consiste en complementar el régimen de Derecho introduciendo en él matices de elasticidad que lo hagan sensible a la cambiante realidad a la que debe ser aplicado. “La equidad ayuda al intérprete a superar las dudas, decidiéndose por la solución más adecuada a las circunstancias del caso (...) se convierte en un criterio general de carácter moral en la aplicación del Derecho”. (BOLDÓ RODA, Carmen. *Ob. cit.*, pág. 239).

de la cobertura formal en que la persona jurídica consiste conduce a los mismos efectos defraudatorios, se despoja a la persona jurídica de su vestidura formal para comprobar qué es lo que bajo esa vestidura se halla o, lo que es lo mismo, desarrollar los razonamientos jurídicos como si dicha persona jurídica no existiese.

Pero que es en esencia esta teoría, “Se trata de una técnica judicial que busca corregir y sancionar aquellos actos en los que se ha utilizado fraudulentamente la responsabilidad limitada que otorga la personalidad jurídica”²⁶. El desvelamiento de la persona jurídica sólo puede admitirse como un recurso excepcional y residual, debido a que si se generalizara, implicaría la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada. Asimismo, dicho desvelamiento sólo opera para el caso concreto en el cual se probó un ejercicio abusivo o fraudulento de la persona jurídica. “No se trata de una negación de la persona jurídica, sino sólo de soslayar el vallado societario en un caso concreto, imputando al socio la responsabilidad por las obligaciones personalmente asumidas en nombre de la sociedad, puesto que ha sido éste quien obtuvo el provecho real de la efectivización del negocio”²⁷. Estaríamos ante un velo que se descorre sólo para este específico efecto y que, luego de alcanzado el efecto querido, se vuelve a correr.

Para nosotros, el descorrimiento del velo societario es una institución nueva, destinada a evitar que, detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato.

5.2. Abuso del derecho y fraude a la ley: Sobre supuestos de aplicación:

La Teoría del levantamiento del velo societario, como hemos venido adelantándolo consiste en la posibilidad de traspasar o desconocer la personalidad jurídica de la sociedad, con la finalidad de conocer e investigar lo que realmente ocurre dentro de ella, para evitar la

²⁶ MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos Alberto. “El allanamiento de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario”. En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Derecho Societario. Segunda edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2005, pág. 100. Spisso refiere que “(...) esta doctrina ha sido empleada especialmente en materia de sociedades vinculadas cuando la apariencia jurídica oculta subordinación económica o financiera. Esto, en derecho alemán, se conoce con el nombre de ‘teoría del órgano’, según la cual, cuando existe dependencia económica, financiera u orgánica se considera que la entidad dominada es un órgano de la dominante, con la cual se integra en un solo ente orgánico”. SPISSE, Rodolfo. “Fraude de ley, abuso de las formas y simulación”. En: *Interpretación Económica de las Normas Tributarias*. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2004, pág. 242.

²⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo y CESANO, José Daniel. *Ob. cit.*, pág. 105.

defraudación de terceros o el abuso de dicha personalidad. A decir de HUNDSKOPF EXEBIO²⁸, “es una práctica judicial por la cual se prescinde de la forma externa de la persona jurídica para desconocer la diferencia entre ella y sus titulares, lo que equivale figurativamente a levantar el velo societario y examinar los reales intereses que existen en su interior. Así, se evitan fraudes y abusos que se estén cometiendo”. Ahora bien, la doctrina del levantamiento del velo fue creada esencialmente con base en dos criterios reconocidos en el derecho común: el abuso de derecho y el fraude a la ley, los mismos que representan sus presupuestos aplicativos.

Por abuso de derecho²⁹ debe entenderse aquella conducta que parece ser congruente con la norma, un comportamiento que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica; sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que su actualización no es ya una acción válida y legítima, sino un acto ilícito. “En la relación jurídica se produce la vinculación o interferencia entre dos o más sujetos de derecho o, si se prefiere, entre dos o más situaciones jurídicas subjetivas. En la práctica tanto la situación jurídica como la relación jurídica se exteriorizan juntas, dado que la primera corresponde al plano existencial del ser humano, mientras que la segunda pertenece al plano coexistencial del ser humano”³⁰.

²⁸ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *La doctrina del levantamiento del velo societario y las controversias vinculadas a su aplicación en los procesos arbitrales*. Tomo 179. Gaceta Jurídica. Lima, 2008, págs. 333 y ss.

²⁹ Históricamente “el inigualable sentido práctico de los antiguos romanos hizo posible que no se teorizara ni del derecho subjetivo ni del abuso de derecho. Existen discrepancias entre quienes sostienen que no se protegía el mal uso del derecho y aquellos que se pronuncian en sentido contrario. Dentro de estos últimos, es de estilo citar el siguiente pasaje del Digesto, «*neminem laedit qui iure suo utitur*» (nadie perjudica a otro cuando usa de su derecho), para demostrar la permisividad del ejercicio absoluto de los derechos en ese entonces. Sin embargo, en un pasaje de Gayo, se enuncia que «*male enim nostro iure uti non debemus* (no tenemos que usar mal de nuestro derecho). Asimismo, existía la *exceptio doli generalis*, que era una defensa contra aquellos que, usando de su derecho, tenían intención de dañar y, en el mismo Digesto, también encontramos la siguiente cita: «*in quo malitiis indulgendum est*» (no hay que ser indulgente con las malicias)”. NATOLI. «Note preliminar ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año XII, 1958, pág. 22.

³⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*. Segunda edición. Ed. Grijley. Lima, 1999, pág. 74 y ss. El abuso de derecho se encuentra regulado en el artículo II T.P. C.C.: “La ley no ampara ni el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

BEJARANO SÁNCHEZ³¹, citando la obra *El espíritu de los derechos y su relatividad* del jurista francés Luis Josserand, encuentra que respecto al abuso de derecho, existen tres clases de legislaciones que postulan sendos criterios:

- a) *Criterio individualista*: Atienden al principio *qui suo iure utitur neminem laedit* (el que hace uso de su derecho a nadie perjudica), lo cual implica que en dichas legislaciones, es legítimo el ejercicio de los derechos aunque tenga por resultado el daño ajeno.
- b) *Criterio intencional*: Como el de la legislación mexicana referida en supralíneas o los códigos austriaco de 1811 y alemán, estableciendo este último que “no está permitido el ejercicio de los derechos cuando su único objeto sea causar daño a otra persona”.
- c) *Criterio funcional*: Es el adoptado por legislaciones que consideran ilícito ejercitar el derecho si al hacerlo se desvía de su función natural, apartándose del fin para el que fue concedido.

La aparición y la consiguiente paulatina aceptación de la figura del abuso del derecho es una de las manifestaciones más elocuentes de la crisis por la que, desde hace algunas décadas, atraviesa la ciencia jurídica. Este instituto, así como sus antecedentes en el tiempo, son por ello piezas claves para explicarla, en alguna medida, y para mostrar la evolución del pensamiento jurídico a través de la historia. Frente a las diferentes teorías sobre el abuso del derecho³², se origina el tridimensionalismo, como la institución de la situación jurídica subjetiva cuyos perfiles son: Efectual, Estructural, Dinámico, Funcional y Normativo y que se entiende como un

³¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones civiles*. Quinta edición. Oxford University Press, 2005, pág. 220.

³² “Que se encuentren consagrados la autonomía patrimonial o el hermetismo de la persona jurídica no quiere decir que no sean personas físicas las que integran un ente social y que por lo tanto tienen el deber de usar la personería jurídica acorde con la funcionalidad del ente social. Por ello, invocar la existencia de la persona jurídica para pretender sustraerse a la responsabilidad frente a actos que exceden los límites del ejercicio de un Derecho subjetivo es

inadmisible. De esta forma, cuando se habla del ejercicio abusivo del derecho, en su faceta axiológica, a través del ente social, es incuestionable que son los integrantes de la sociedad los que abusan del derecho de asociación y de las reglas que son aplicables para el ejercicio de este derecho. Evitando acciones irregulares, no sólo en el ámbito civil sino en cualquier campo, con el objeto de obtener resultados antijurídicos, se podrá controlar los actos dolosos o fraudulentos que cometan los miembros que componen la persona jurídica utilizándola para ello. Lo expuesto no quiere decir que la propia sociedad sea el ente que abusa de las facultades con las que cuenta en su calidad de sujeto de Derecho independiente, pues la propia organización colectiva también cuenta con derechos subjetivos desde que se le pueden imputar deberes y derechos, y por ende se puede abusar de ellos a través de los actos que realiza mediante sus órganos, representantes o dependientes”. GUERRA CERRÓN. Jesús María Elena. *Ob. cit.*, pág. 243.

doble status de poder - deber, y es el conjunto de derechos y deberes que surgen como consecuencia de la posición que asume el sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico.

Entre las posiciones concernientes a la naturaleza del abuso del derecho, aparte de la tradicional que lo considera dentro del ámbito de la licitud, un sector de la doctrina francesa contemporánea representada por MAZEAUD, MARTY Y RAYNAUD, CARBONNIER y JULIOT DE LA MORANDIÈRE, adoptan la identificación del abuso del derecho con el acto ilícito. Aparte de las concepciones anteriormente mencionadas, existe otra que postula que el abuso del derecho ocupa un espacio intermedio entre las conductas lícitas y las ilícitas. La novedad y trascendencia de esta posición, requiere de una profunda y medular fundamentación, la misma que, aún no se ha producido.

Por último, cabe agregar una nueva tendencia que concibe que el abuso del derecho es la transgresión de un genérico deber jurídico, el mismo que se halla incorporado, al lado del derecho subjetivo, en toda situación jurídica subjetiva de poder o activa. Este genérico deber jurídico encuentra su fundamento en una expresa cláusula general, asumida por algunos códigos civiles o, en su defecto, en los principios generales del derecho, como el de la buena fe o el de las buenas costumbres, inspirados primordialmente en el valor de la solidaridad social. La transgresión del indicado genérico deber origina un ilícito civil cuya peculiar caracterización, como veremos más adelante, permite distinguirlo como un ilícito *suí generi*.

Por el criterio subjetivo los titulares de una situación jurídica de poder ejercen sus atribuciones con la intención de dañar a otro sujeto, sin tener un interés serio o legítimo. Este ejercicio no origina ningún beneficio para el titular. Algunos autores han pretendido negar la existencia del derecho subjetivo. Es conocida la posición de DUGUIT³³ quien argumenta “que lo fundamental en el ordenamiento jurídico es la regla objetiva que dispone deberes”. La teoría subjetivista se sustenta en numerosas decisiones jurisprudenciales entre las que, básicamente, cabe señalar dos famosas

³³ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho privado desde el Código Napoleón*. pág. 177. Esta postura se sustenta en que el surgimiento del abuso de derecho puede juzgarse a través de alguno o algunos criterios: intención de causar perjuicio (*animus nocendi*), acción culposa o negligente y no-existencia de un interés serio y legítimo para el agente. “La primera tendencia referida a la intención de causar perjuicio (*animus nocendi*), propugna que el abuso del derecho, según esta concepción, resulta ser el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto o, en cualquier caso, sin que su actuación origine un beneficio propio. Una segunda tendencia dentro del sistema subjetivista, propugnada fundamentalmente por la doctrina francesa, exige que para caracterizar el acto abusivo es suficiente el comportamiento negligente del agente del perjuicio”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Ob. cit.*, pág. 115.

sentencias emitidas por tribunales franceses. Nos referimos a la de Colmar, de 1855 y a la de Lyón, de 1856.

Según el criterio objetivo, el abuso del derecho no se definiría por la intención de perjudicar de parte del titular del derecho, por la presencia de la culpa o por la ausencia de un interés serio y legítimo, sino más bien por la gravitación de un elemento objetivo, como es el manifiesto ejercicio anormal de un derecho subjetivo. Considera que el abuso del derecho se da en cuanto un derecho subjetivo se ejercita de manera anormal, es decir contraria su función económica–social.

Frente a aquellas dos contrapuestas posiciones, anteriormente referidas, surgió, en lo que concierne al criterio que debería adoptarse para resolver la cuestión relativa a la determinación del acto abusivo, una actitud que podríamos designar como mixta o ecléctica, en la medida que, para despejar el problema, combina elementos tanto de la posición subjetiva como de la de tipo objetivo. El abuso³⁴ requiere de la existencia de daño o perjuicio, no siendo éste un requisito del fraude, pero sí existe un daño a la sociedad desde el punto de vista del gasto público y a la organización jurídica de la sociedad, el cual no tiene valor patrimonial. Ambos, fraude y abuso, pueden producirse objetivamente, es decir, sin necesidad que exista una intención subjetiva, pero en el caso del abuso la subjetividad es un requisito, la subjetividad tiene que ver con la motivación de la acción, es decir con la intención de perjudicar³⁵.

Un segundo criterio es el fraude a la ley. El fraude a la Ley se ha desenvuelto en dos directrices: la subjetiva en la que negocios en fraude de Ley son negocios celebrados con la intención de que mediante sus efectos jurídicos y económicos o sociales típicos, se adquiriera una finalidad o un

³⁴ Los efectos según se trate de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, fraude a la ley o simulación, son diversos: a. En el caso del fraude a la ley, como ya se ha señalado, los efectos son la aplicación de la norma que se pretendía burlar y la nulidad de los efectos que se dieron al amparo de la norma de cobertura. b. En el caso de la simulación existen dos supuestos: se declara la nulidad del negocio simulado de forma absoluta; mientras en la simulación relativa se declara la nulidad la del acto simulado mientras que el acto disimulado se mantiene. Salvo, en los casos que se protege la apariencia creada, respecto de terceros de buena fe. c. En el caso del abuso del derecho, el acto no es amparado por la ley, los efectos son cesatorios del acto abusivo. Se pueden utilizar las medidas cautelares que la ley permite.

³⁵ Echaiz Moreno, comenta al respecto que “una relación de dominación-dependencia implica que la dominación intensa y duradera ejercida por un sujeto sobre una empresa genera, para el primero, el control y, para la segunda, la dependencia; por su parte, la dirección unificada es la capacidad del sujeto dominante para imponer sus decisiones a una empresa, es decir, en la relación existente entre dos empresas, una se encuentra sometida o subordinada a las órdenes de la otra, o en todo caso, un sujeto constituye una sociedad e imponiendo sus decisiones realiza determinados actos que como persona natural le están prohibidas”. ECHAIZ MORENO, Daniel. *Los grupos de empresas en el Perú. Análisis y propuestas para una legislación integral*. Tomo 82-B. Gaceta Jurídica. Lima, 2000, pág. 34.

resultado que aparece como legalmente prohibido bajo otra modalidad de negocios”³⁶. CHARRASQUER CLARI³⁷ por su parte sostiene “la idea de fraude a la ley se relaciona con aquellas situaciones en que para eludir una prohibición o una disposición imperativa se busca artificiosamente el amparo de otra ley”. La tendencia objetiva del fraude está referida a la oposición de la conducta con el contenido real de la norma (de la norma defraudada). Para nosotros, el fraude de ley presupone la existencia de una norma, cuya aplicación se trata de eludir (norma defraudada) mediante la modulación (calificación) artificiosa (norma de cobertura). El mecanismo a través del cual se lleva a cabo el fraude a la ley es el que se conoce en la teoría del negocio jurídico como el negocio jurídico indirecto: se utiliza un determinado negocio, típico o atípico, para obtener una finalidad distinta de la que constituye su propia causa.

Cabe diferenciar los actos contra la ley de los negocios en fraude³⁸ a la ley. Los primeros atentan contra la norma objetiva y suponen un ilícito típico; mientras los negocios en fraude a la ley se caracterizan por el uso de rodeos, evitando el choque directo del negocio con la ley. En síntesis, Al igual que en el caso del ejercicio abusivo del derecho, en el fraude a la ley el criterio más adecuado para determinar si nos encontramos ante una conducta fraudulenta es el objetivo que se presenta cuando se pretende burlar la finalidad social, económica o política por la que fue promulgada una norma legal. A tal efecto, no importará el conocimiento o no de las partes acerca de los fines de la norma, pues éstos, al igual que la norma misma, se deben presumir conocidos por todos.

5.3. La Teoría del Levantamiento Societario: Un análisis desde el Derecho comparado:

En esta parte no haremos una explicación de cada una de las tendencias que hay sino sólo damos relieve a la experiencia, en general, de

³⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Segunda edición. Ed. Grijley. Lima, pág. 398.

³⁷ CHARRASQUER CLARI, María Luisa. *El problema del fraude a la ley en el derecho tributario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002, pág. 43.

³⁸ La Real Academia de la Lengua define al fraude como un engaño, inexactitud consiente, abuso de confianza que produce o prepara un daño. A decir de Juan M. Dobson, “el fraude en su sentido más estricto comprende en realidad cualquier hecho destinado a engañar, incluyéndose en ese concepto a todos los actos, las omisiones y los ocultamientos que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad, a su vez el concepto de mala fe está construido en función del fraude, y se aproxima a ambas nociones”. DOBSON, Juan M. *Ob. cit.*, pág. 141. Es necesario precisar que por razones de técnica jurídica, se separó el fraude a los acreedores del fraude a la ley; en cuanto al primero, debemos destacar que está caracterizado por el perjuicio que se causa a un particular, que es el sujeto activo en la relación jurídica creditoria, mientras que en el caso del fraude a la ley se causa perjuicio a intereses superiores de la comunidad, el dañado no es un particular sino la comunidad personificada por el Estado.

Estados Unidos, Alemania y España. A partir de estas experiencias, países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y Uruguay, entre otros, ya tienen algunas decisiones en aplicación de esta doctrina. En detalle respecto a estas experiencias puede recurrirse a una existente bibliografía que trata en extenso sobre el particular. En los EE.UU no existe un procedimiento que, en el Derecho norteamericano, precise cuáles son los supuestos de aplicación en los cuales los tribunales se encuentren facultados a levantar el velo a la persona jurídica. La premisa que se tiene en cuenta está relacionada a que la “*piercing the veil*”, jurisprudencialmente, es un principio relacionado al grado con el que las sociedades respetan las formalidades sociales y particularmente la extensión y forma en que el socio dominante ejerció el control. Si es que existe confusión entre el patrimonio, los negocios del socio y de la sociedad, se considerará la unidad, o sea, que existe una sola persona y se sanciona la responsabilidad del socio o sociedad dominante basándose en la conducta que éstos efectuaban la cual es contraria a la equidad.

Para la doctrina alemana existen, por lo general, dos supuestos para la aplicación de la Doctrina del levantamiento del velo: cuando existe imposibilidad de distinguir exteriormente la separación existente entre la persona jurídica y la persona de los socios, lo que trae como consecuencia el no poder reconocer si un determinado acto es imputable a la sociedad o a los socios que la componen y la situación que se produce cuando el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios no pueden diferenciarse con claridad.

En España³⁹ se tiene como referente la solución alemana y la posición del alemán Serick, quien sustenta su teoría a partir de la teoría de Gierke, esto es, de la realidad de la persona jurídica. Esta metodología no supone negar la personalidad jurídica, sino proceder de este modo sólo en el caso específico de una falta de adecuación a la realidad. Un sector de la doctrina permite explicar “la imputación jurídica a la sociedad de la actividad material realizada por las personas físicas titulares del órgano de administración, determinando, por tanto, la responsabilidad de la empresa frente a terceros. Sin embargo, esta concepción no puede ser llevada hasta

³⁹ En España la teoría del levantamiento del velo societario no se encuentra taxativamente regulada, sino que ella ha sido dejada en manos de los tribunales, es decir que se ha desarrollado de manera jurisprudencial. FALCONI CANEPA, “la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario, puede ser considerada como una doctrina enteramente consolidada en los tribunales. Ciertamente, han existido sendos intentos tanto doctrinales como jurisprudenciales, que han buscado fundamentos teóricos capaces de justificar el levantamiento del velo de las sociedades, acudiéndose principalmente a la figura del abuso del derecho y al fraude de la ley, sin que aun hoy en día ambas gocen de total aceptación”. FALCONI CANEPA, Julio. *Responsabilidad de los grupos de sociedades y tutela de acreedores sociales*. Ed. Grijley, Lima. 2005, págs. 326 y ss.

sus últimas consecuencias, porque es preciso distinguir entre el órgano, como parte integrante de la persona jurídica, y las personas físicas que desempeñan un cargo, expresando su propia voluntad, que es imputada por medio de una ficción legal a la sociedad”⁴⁰. En ese sentido, la jurisprudencia española da cuenta de la aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo societario cuando la persona jurídica pretende amparar los actos ejecutados en fraude a la ley, ya que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

En tanto, en Argentina esta teoría es conocida como la Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria, si bien, en sus inicios se aplicaba de manera jurisprudencial, su posterior evolución a sentado su bases en el derecho positivo. La Ley de Sociedades Comerciales en su artículo 54 señala: “la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustra derechos de tercero, se imputará directamente a los socios o a los controladores que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Como señala JAVIER CAPUTO⁴¹ “no importa el desconocimiento de todos los efectos de la personalidad societaria, sino la inoponibilidad de determinadas efectos provenientes de la distinción de personas entre la sociedad y sus socios o controlantes y respecto del caso concreto”. Entonces, cuando la personalidad jurídica sea utilizada en sentido diferente del previsto por el legislador, ésta será sancionada, y por ende, no será considerada como persona distinta de los socios, con lo cual se va permitir conocer la real y verdadera intención de los socios.

6) ¿Es viable la aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Societario en el Perú?: Nuestra posición:

En nuestro contexto constitucional, legal y en una economía social de mercado se promueve el desarrollo del país, siendo el rol del Estado el de estimular la creación de la riqueza, garantizar la libertad de trabajo y libertad de empresa, comercio e industria. Expresamente, en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú se establece que el “ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”, configurándose así un límite a la libertad, que entre otros, es la moral. En un pluralismo económico, el Estado reconoce la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa, también se reconoce el derecho a contratar, siempre que no se contravengan leyes de orden público (artículo

⁴⁰ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*. Cedecs Editorial. Barcelona, 1997, pág. 27.

⁴¹ JAVIER CAPUTO, Leandro. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2006, págs. 131 y ss.

2, inciso 14); se consagra también la autonomía de la voluntad de las partes a través de las libertades de contratar y contractual. “Parece razonable concluir que la estabilidad del orden contractual debe tener su relativa estabilidad en la realidad social y económica. De ahí que si las circunstancias cambian, parece razonable la injerencia de la ley para imponer modificaciones de carácter general en las estipulaciones de los contratos, con el propósito de salvaguardar los principios de justicia”⁴².

Pero, ¿Es posible la incorporación de la teoría del levantamiento del velo a nuestro ordenamiento? No, porque es necesaria una regulación de los supuestos “clásicos” de fraude de los socios, pero manteniendo la ideología de nuestro Código Civil. Somos conscientes que esto no resuelve por completo el problema, ya que cada día se crean nuevas formas de abusos por lo que necesariamente nos debemos remitir a los principios jurídicos que informan nuestro ordenamiento.

Hacemos nuestras las expresiones de CABANELLAS DE LAS CUEVAS al señalar que “la utilización de un único término para englobar los distintos casos que da lugar a la desestimación de la personalidad societaria presenta el peligro de dar la idea de que exista un motivo jurídico único para tal desestimación”⁴³. Por eso la dación de una norma no es una solución completa, pues las causas por las que se configura el fenómeno son muy variadas al igual que las soluciones.

b) A manera de conclusión:

Como principales ideas destacamos las siguientes:

Primero.- La Teoría del sujeto de derecho es una institución que reconoce jurídicamente al ser humano como un ser social. La conducta, la voluntad y, en sí, el quehacer humano genera normalmente efectos jurídicos que previamente canalizados por la ley, es decir fijados sus requisitos y aceptadas sus consecuencias, determinan un acto jurídico.

Segundo.- Una forma típica de este sujeto de derecho está representada en la persona jurídica. En la vida hay fines individuales que perseguir y a éstos provee el hombre, y hay fines que trascienden la esfera de los intereses individuales que sobrepujan las fuerzas del hombre singular, que perduran mas allá de la vida humana, cuya realización es perseguida por entes que se forman en la vida social y que el derecho acoge en su seno.

⁴² MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*. Fondo Editorial del. Congreso del Perú. Lima, 2004, pág. 298.

⁴³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Societario: Parte General*. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1996, pág. 142.

Tercero.- El ordenamiento jurídico reconoce la separación entre la persona jurídica y los miembros que la componen, imponiéndole derechos, obligaciones y responsabilidades, considerándola como una entidad distinta, permitiendo que se le aplique un sistema normativo completo con independencia de su sustrato personal. Tal noción es entendida como el fenómeno del hermetismo de la personalidad jurídica, que refleja la idea de completa incomunicación entre los intereses del ente personificado y los sujetos individuales que la componen.

Cuarto.- La sociedad anónima es una sociedad de capitales, con responsabilidad limitada, en la que el capital social se encuentra representado por acciones, en la que la propiedad de las acciones está separada de la gestión de la sociedad. Nace para una finalidad determinada. Los accionistas no tienen derecho sobre los bienes adquiridos, pero sí sobre el capital y utilidades de la misma.

Quinto.- Se denomina objeto social a la actividad o conjunto de actividades económicas que la sociedad establece en el Estatuto Social, la misma que influye notablemente sobre el negocio asociativo, tiene una función de garantía que se puede apreciar desde el ángulo de la sociedad, los socios y terceros. Sin embargo, en el desarrollo de este, la sociedad muchas veces termina ingresando a un ámbito patológico que puede devenir en un fraude a la ley o abuso del derecho.

Sexto.- Para nosotros, el dogma del Levantamiento del Velo societario es una institución nueva, destinada a evitar que, detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato. El desvelamiento de la persona jurídica sólo puede admitirse como un recurso excepcional y residual, debido a que si se generalizara, implicaría la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada.

Sétimo.- Es posible la incorporación de la teoría del levantamiento del velo a nuestro ordenamiento? No, porque es necesaria una regulación de los supuestos “clásicos” de fraude de los socios, pero manteniendo la ideología de nuestro Código Civil. Somos conscientes que esto no resuelve por completo el problema, ya que cada día se crean nuevas formas de abusos por lo que necesariamente nos debemos remitir a los principios jurídicos que informan nuestro ordenamiento.

c) Bibliografía revisada:

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil: Introducción y Parte General*. Bosch Editor. Barcelona, 1996.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones civiles*. Quinta edición. Oxford University Press, 2005.
- BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del Velo y Persona jurídica en el Derecho Privado español*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2000.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Societario: Parte General*. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1996.
- CHARRASQUER CLARI, María Luisa. *El problema del fraude a la ley en el derecho tributario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *Una Teoría del Derecho*. Sexta Edición. Ed. Civitas. Madrid, 1993.
- DE LOS MOZOS. *Derecho civil: Método, Sistemas y Categorías Jurídicas*. Madrid, 1988.
- DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho privado)*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1991.
- ECHAIZ MORENO, Daniel. *Los grupos de empresas en el Perú. Análisis y propuestas para una legislación integral*. Tomo 82-B. Gaceta Jurídica. Lima, 2000.
- FALCONI CANEPA, Julio. *Responsabilidad de los grupos de sociedades y tutela de acreedores sociales*. Ed. Grijley, Lima. 2005.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*. Segunda edición. Ed. Grijley. Lima, 1999.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Decimoprimer Edición. Ed. Grijley. Lima, 2009.
- FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Trad. Eduardo Ovjro y Maury. Ed. Reus. Madrid, 1929.
- GAGLIARDO, Mariano. *Sociedades Anónimas*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998.
- GALGANO, Francesco. *Derecho Comercial*. Ed. Temis. Santa Fe de Bogotá, 1999.
- GALGANO, Francesco. *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad Anónima, Estado y clases sociales*. Trad. de Manuel Broseta Pont y Carmen Alborch Bataller. Fernando Torres Editor. Valencia, 1980.

- GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Ed. Porrúa. México, 1993.
- GUERRA CERRÓN, Jesús María Elena. *Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Lima, 2007.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *La doctrina del levantamiento del velo societario y las controversias vinculadas a su aplicación en los procesos arbitrales*. Tomo 179. Gaceta Jurídica. Lima, 2008.
- HURTADO COBLES, José. *La doctrina del levantamiento del Velo societario*. Atelier Editorial. Barcelona, 2000.
- JAVIER CAPUTO, Leandro. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2006.
- KORZENIAK, José. *Conceptos fundamentales del Derecho*. Vol. I. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1988.
- LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Gaceta Jurídica. Lima, 2002.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Segunda edición. Ed. Grijley. Lima.
- LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier de Belaúnde. *Personas Jurídicas (propuestas de enmienda)*. En: *Los diez años del Código Civil Peruano*. Primera edición. Lima, 1995.
- LÓPEZ MESA, Marcelo y CESANO, José Daniel. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 2000.
- MASCHERONI, Fernando H. *Sociedades Anónimas*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1999.
- MAZEAUD, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1965.
- MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2004.
- MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos Alberto. “El allanamiento de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario”. En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Derecho Societario. Segunda edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2005.

- MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles*. UNMSM. Lima, 1967.
- NATOLI. «Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano». En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año XII, 1958.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*. Cedecs Editorial. Barcelona, 1997.
- ROJAS MIÑO, Irene. “El peculiar concepto de empresa para efectos jurídico laborales: implicancias para la negociación colectiva”. En: *Ius et Praxis*. Año 7. N 2. Talca, 2001.
- SPISSO, Rodolfo. “Fraude de ley, abuso de las formas y simulación”. En: *Interpretación Económica de las Normas Tributarias*. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 2004.
- YAGÜEZ, Ricardo de. *La doctrina del levantamiento de velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*. Ed. Civitas. Madrid, 1997.

Lima, primavera del 2012.