

Simulación de acto jurídico y constitución de sociedades: El caso de las sociedades de favor



DOCTRINA

PAOLO ROBILIARD D'ONOFRIO

Abogado por la Universidad de Lima.

SUMARIO:

- I. Sociedades de favor.
- II. La constitución de sociedades de favor como simulación absoluta del Contrato de Sociedad:
 1. Nuestra visión de la simulación del acto jurídico:
 - 1.1. Generalidades;
 - 1.2. Simulación Absoluta y Simulación Relativa.
 2. Simulación del contrato de sociedad por inexistencia de pluralidad de socios.
- III. Posibles consecuencias de la simulación absoluta del Contrato de Sociedad.
- IV. Alternativas para hacer frente a un fenómeno recurrente.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

ADVOCATUS 123.

I. SOCIEDADES DE FAVOR

Este artículo ha sido elaborado a partir de una adaptación de parte de los resultados de una investigación más amplia sobre el fenómeno de la constitución de sociedades de favor. Para los efectos de dicha investigación se verificó que en la realidad empresarial peruana se presentaba de forma muy reiterada el indicado fenómeno, y fue el análisis jurídico de ese ocultamiento de la realidad subjetiva en muchas sociedades lo que nos llevó a dedicarle algunas líneas a la simulación contractual.

Ahora bien, ¿qué entendemos por sociedades de favor? A lo largo de este trabajo utilizaremos el término "sociedad de favor" para referirnos a aquella sociedad constituida por dos o más personas, pero en interés de únicamente una de ellas; es decir, a aquellos casos por todos conocidos en que se finge intención asociativa con el único propósito de cumplir – formalmente – con la exigencia de pluralidad de socios impuesta por ley. El elemento definitorio de las sociedades de favor es pues para nosotros el propósito de cumplir formalmente con la exigencia legal de pluralidad de socios.¹

Es propósito del presente artículo exponer resumidamente las conclusiones de nuestro análisis a la constitución de sociedades de favor, desde la perspectiva de la teoría de la simulación contractual.

II. LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES DE FAVOR COMO SIMULACIÓN ABSOLUTA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

No es materia de este artículo analizar la naturaleza jurídica del acto constitutivo de sociedad², pero creemos importante dejar establecido que para nosotros la sociedad es un ente que surge de un acto constitutivo que, cuando conlleva un acuerdo de voluntades, debe considerarse un contrato por el simple hecho de que no existen razones para negarle tal naturaleza jurídica.³ A dicho tipo contractual se le conoce como "contrato de sociedad".⁴ Corresponde entonces preguntarnos si tal acuerdo de dar vida a una sociedad de favor es un acuerdo de llevar a cabo una simulación contractual.

1. Nuestra visión de la simulación del acto jurídico

1.1. Generalidades

Clásica y autorizada es la opinión de Ferrara consistente en que "simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo".⁵ "Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en lo absoluto, o porque es distinto de cómo aparece".⁶

1 En este sentido, no nos referiremos a sociedades de favor cuando el "favor" de los participantes en la constitución de la sociedad sea una participación efectiva como socios, con todo lo que dicho estatus implica, y aunque en términos económicos fuera irrisoria.

2 Aunque la materia si es tratada en el trabajo de Tesis del cual el presente es una adaptación.

3 Consideramos que las teorías sobre la naturaleza jurídica del acto constitutivo de sociedad que no lo reconocen carácter contractual, parecen haber surgido simplemente para encontrar una alternativa que permitiera dejar de considerar tal acto como contrato, en lugar de tener sus propios fundamentos.

4 Ahora bien, somos de la opinión de que el contrato de sociedad no tiene por qué ser la única forma admitida para la constitución de sociedades, pues creemos que la exigencia de pluralidad de socios no es una consecuencia del carácter contractual del acto constitutivo de sociedad, sino de la voluntad del legislador. Además, una simple revisión de nuestro ordenamiento legal y de la realidad empresarial peruana nos permite advertir que si existen sociedades formal y materialmente constituidas por un único socio, como es el caso de las subsidiarias de las empresas del sistema financiero, por ejemplo.

5 FERRARA, Francesco. La simulación de los negocios jurídicos. Traducción de Rafael Atard y Juan A. De la Puente. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 56.

6 *Ibid.* pp. 42-43.

Según una posición clásica, la simulación del acto jurídico supone una disconformidad entre la voluntad interna y su manifestación, pero creemos que con razón parte autorizada de la doctrina ha cuestionado la vigencia de esta postura. Así, Sacco⁷ sostiene que esta noción clásica de simulación perdió fuerza cuando, a su vez, también perdió fuerza la construcción del negocio como voluntad. Hoy, advierte este autor, ha adquirido mayor vigor la concepción del negocio simulado como un negocio contradictorio por una contradecación. Para Sacco⁸, entonces, el negocio simulado no produce efectos ya no por una genérica ausencia de voluntad, sino porque la exclusión de tales efectos está prevista en la contradecación.

Por nuestra parte, los riesgos de interpretación que involucra definir conceptos jurídicos a partir de elementos volitivos – voluntad interna –, nos llevan siempre a preferir caminos más seguros sobre los cuales deba andar el análisis jurídico. Así, nos parece un esfuerzo inútil pretender indagar si efectivamente existe disconformidad entre la voluntad interna y lo manifestado, para poder concluir si en un supuesto dado existió o no simulación. Por ello, seguiremos parcialmente a Sacco para concluir que la existencia de simulación habrá de analizarse a partir de la voluntad declarada por los intervinientes. En este sentido, consideramos que habrá simulación cuando del acuerdo de voluntades de las partes – que, por cierto, no puede entenderse reducido al texto del documento en que se hace constar el acto aparente – se desprenda que se ha buscado crear una apariencia.

Según la doctrina, todas las formas de simulación comparten fundamentalmente dos características, a saber (i) el propósito de crear una falsa creencia acerca de la realidad de lo declarado⁹; y (ii) la existencia de un acuerdo simulatorio¹⁰ previo a la simulación.¹¹ Autores como Lohmann consideran entre las características a una tercera, la cual consistiría en la consciencia de la divergencia entre lo querido y lo declarado. Otros¹², en cambio, no consideran esta como una de las características de la simulación, y ello nos parece la opción adecuada pues, en primer lugar, si existe un acuerdo de simular entonces se sobreentiende que existe consciencia respecto de que se está simulando; en segundo lugar, porque – como ya dijimos – creemos inútil que el Derecho se preocupe por la voluntad interna de los sujetos – el querer –; y en tercer lugar, porque para nosotros lo que parece ser una declaración en el negocio aparente en realidad no lo es. Es más, somos del parecer de que incluso las características de la simulación podrían resumirse en una sola, pues el acuerdo de simular – acuerdo simulatorio – necesariamente contendría un propósito de engañar si se parte de la definición de simulación que le interesa a la teoría del acto jurídico. Consideramos pues que habrá simulación cuando exista y se ejecute un acuerdo simulatorio – que por definición involucra un engaño, y en tanto acuerdo exige el conocimiento de lo que se conviene –.

Como bien lo señala Vidal¹³, se discute en doctrina si en la simulación de un acto jurídico se

7 SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Tomo 1, Tercera Edición. UTET, Torino, 2004, p. 645.

8 *Ibid.*, pp. 645-646.

9 Y ello con el fin de en realidad no vincularse jurídicamente – en el caso de la simulación absoluta –, o de vincularse mediante un negocio oculto – en el caso de la simulación relativa – (LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Segunda Edición. Grijley, Lima, 1997, pp. 364-365).

10 No necesariamente escrito.

11 LOHMANN. *Op. Cit.*, pp. 364-365.

12 Como Bianca – para quien los elementos caracterizantes de la simulación son la apariencia contractual y el acuerdo simulatorio – (BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile, Il Contratto*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1984); y, entre nosotros, Morales (MORALES HERVIAS, Romulo. *Simulación absoluta; simulación relativa; simulación parcial; acción por simulación; inoponibilidad de la simulación*. En: *Código Civil Comentado*. Tomo 1, Segunda Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.) y Torres (TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Acto Jurídico*. Segunda Edición, IDEMSA, Lima, 2001.).

13 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Sexta Edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 426.

presentan dos declaraciones contradictorias en un mismo negocio, o si por el contrario se trata de dos negocios jurídicos distintos que se anulan o limitan. A estas dos posibilidades habría que agregar una tercera, que es aquella que Ferrara atribuye a los "secuaces"¹⁴ de la teoría de la declaración, y consiste en ver la simulación como una única declaración que se fracciona.¹⁵

Entre los autores locales, Vidal y Torres siguen a Ferrara en cuanto identifican una pluralidad de declaraciones de voluntad en el fenómeno simulatorio. Vidal es del parecer de que la simulación consiste en un acto jurídico unitario, y no es el mero resultado de dos voluntades contrarias¹⁶. Para Torres, el acuerdo simulatorio se traduce en dos declaraciones de voluntad, una interna que es secreta y se le denomina también "contradecларación", y una externa. Si estas declaraciones constan por escrito, al continente de la declaración externa se le denomina "documento", y al de la declaración interna "contradocumento".¹⁷

En contraposición a lo propuesto por Ferrara, nosotros en línea de principio en este punto también seguiremos a Sacco, quien considera que aquello simulado no es una declaración completa,

pues existe un fragmento de la misma que no es cognoscible. Para Sacco¹⁸, la llamada "declaración simulada" no es una declaración, pero aparece como tal y hasta es tratada como tal, en ciertos aspectos, por el Derecho. En otras palabras, tal como lo señala Sacco, la declaración ostensible y la contradecларación podrían incluso constar por escrito y encontrarse redactadas en documentos diferentes, pero aun así seguirían siendo "un texto único artísticamente recortado"¹⁹. Sugiere este autor que, quien desee comprender el fenómeno de la simulación, no debe ser víctima de un "ontologismo del documento", que llevaría a ver un negocio por cada documento.²⁰ En los casos de simulación estaríamos pues ante un conflicto entre una declaración y un fragmento de ella misma – que es solo aparentemente autosuficiente –, y no ante un conflicto de declaraciones.²¹

Sin que ello signifique que compartimos todo lo expuesto sobre este autor, nos adherimos a Sacco cuando finalmente sostiene que "el contrato llamado simulado no es un contrato"²², así como tampoco es un negocio, y por lo tanto tampoco sería susceptible de nulidad²³. Ahora bien, es incuestionable que el artículo 219 de nuestro Código Civil sanciona con nulidad el

14 Como los llama este autor.

15 La teoría de la declaración es aquella bajo la cual se establece que lo que obliga a las partes es únicamente la declaración externa y objetiva, por lo que no debe irse hasta el elemento psicológico del querer. Entonces, para Ferrara los "secuaces" de esta teoría tendrían que eliminar de su sistema la simulación, pues la declaración simulada sería obligatoria incluso entre los contratantes; pero, en cambio, – dice Ferrara – han ideado una "singular" construcción para mantener la simulación. Según esta construcción teórica, al presentarse una simulación existe una única declaración que se fracciona, y solamente una parte de ella se hace conocer a la persona a la cual se le quiere dar una falsa apariencia (FERRARA, Op. Cit. p. 52).

16 VIDAL, Op. Cit. p. 426.

17 TORRES Op. Cit. pp. 516-517.

18 SACCO, Op. Cit. p. 646. Ahora bien, téngase presente que, tal como lo indica el propio Sacco, una declaración simulada puede adquirir, por efecto de su ostentación (mediante su publicidad o cumplimiento de alguna solemnidad), un carácter de declaración para la autoridad. En este caso habría una declaración involuntaria, considerada verdadera y propia en resguardo de la generalidad, del público o de la autoridad. Piénsese, por ejemplo, en una simulación en el ámbito de los negocios cambiiales, para los cuales el legislador ha previsto una fórmula estandarizada que, si es cumplida, será considerada definitivamente como declaración válida de voluntad (Ibid. p. 648).

19 Ibid. p. 646.

20 Loc. Cit.

21 Loc. Cit.

22 Loc. Cit.

23 Loc. Cit.

acto simulado²⁴, y ciertamente consideramos que, en principio, carece de sentido hablar de nulidad de un negocio simulado, pues este no es más que una ficción creada sin ánimo alguno de dar origen a un verdadero negocio, por lo que difícilmente podría considerarse que carece de algún elemento esencial de los negocios jurídicos – pues en realidad carece de todos, pero no porque sea un negocio defectuosamente constituido, sino porque no es un negocio.²⁵ No obstante, si observamos el tratamiento que nuestro Código Civil le otorga a la producción de efectos de los actos jurídicos, entonces veremos que la sanción indicada resulta ser comprensible, pues lo que se ha buscado es mantener sin efectos ese acto simulado al que las partes quisieron privar de existencia y eficacia. El recurso a esta sanción radicaría, creemos, en la omisión – o la aparente omisión – de la figura de la inexistencia del acto jurídico en nuestro sistema.²⁶

Para nosotros el fenómeno de la simulación está representado por un único negocio jurídico configurado por las declaraciones coincidentes de cada una de las partes, las que generan un acuerdo de voluntades dirigido a crear una apariencia de una forma determinada. Lo que percibirán los terceros será lo que se propusieron aparentar las partes de ese negocio, que es justamente una apariencia de negocio, conformado por un aparente acuer-

do de voluntades al que se llegó con también aparentes declaraciones. Como puede verse, en este punto nos apartamos ligeramente de Sacco, pues no nos parece lo más acertado decir que aquello que se muestra a los terceros es un fragmento de declaración. Tal como lo vemos, las declaraciones en realidad están dirigidas a, entre otras cosas, construir declaraciones aparentes, y son estas las que se ponen a la vista de los terceros, no fracciones de la verdadera declaración. Los terceros no ven parte de la verdad, sino ven lo que los intervinientes en la simulación quieren que vean. Esto puede verse con mayor claridad en la simulación absoluta, pues el negocio aparente que los terceros perciben no es parte de lo que las partes han acordado, pues en ningún momento han querido tal negocio, sino más bien es la ficción que las mismas han querido mostrarles. Coincidimos entonces con Sacco en que la “*declaración simulada*” no es una declaración, pero no estamos de acuerdo con que ello se deba a que es solo parte de una.

En cuanto al concepto de “*Contradecларación*”, este nos podría ser útil tanto para hacer referencia al extremo del acuerdo simulatorio por el que las partes dejan establecido que la declaración que fingen no es más que una apariencia²⁷, como para referirse a un soporte diferente a aquel en el que se representan las

24 Si bien el artículo hace referencia únicamente al acto absolutamente simulado, la doctrina es pacífica en admitir que “la simulación en sus diferentes formas tiene siempre por efecto la nulidad del negocio aparente” (FERRARA, Op. Cit. p. 297.). Así lo entiende también Espinoza, para quien el negocio simulado bajo una simulación relativa es también nulo, desprendiéndose ello del artículo 193 del Código Civil (ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto jurídico negocial* Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 332-333.).

25 En los artículos 190 y 191 del vigente Código Civil peruano de 1984 se regulan, respectivamente, la simulación absoluta y la simulación relativa, haciéndose referencia en ambos a los actos jurídicos aparentes. El primero de estos artículos nos puede dar una idea clara de lo que es un acto jurídico aparente. En primer lugar, se habla de una apariencia de celebración del acto, lo que inevitablemente nos lleva a concluir que dicho acto, pese a las apariencias, no se celebra. En segundo lugar, el artículo refiere que no existe una real voluntad de celebrar el acto, por lo que sería inconcebible que de esta manera se originara un real negocio. Siendo esta la situación, cabe preguntarnos por qué el artículo 219, en su numeral 5, sanciona con nulidad al acto jurídico que adolece de simulación absoluta, si es que este acto es solo aparente, es decir, parece pero no es un acto jurídico.

26 Pese a que, como indica Morales, en nuestro país existe una posición minoritaria que promueve la aplicación de la figura de la inexistencia (MORALES HERVÁS, Rómulo, *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*, ARA, Lima, 2002, p. 237.).

27 En este sentido podría decirse que un negocio no puede producir efectos porque existe una contradecларación que lo priva de ellos.

ficticias declaraciones del negocio simulado. En este segundo caso, cuando el soporte fuese un documento, podría hablarse también de "Contradocumento".

Finalmente, es oportuno dejar establecido que la simulación no tiene por qué ser considerada *per se* como algo ilícito. Si bien por un lado autores como Torres²⁸ reconocen que la ley no reprueba la simulación cuando a nadie perjudica ni tiene fin ilícito, y, por otro, autores como Lohmann²⁹ consideran que el acto aparente es siempre repudiado legalmente, y por ello se sanciona con nulidad el acto absolutamente simulado; nosotros creemos que en realidad no existe discrepancia, sino únicamente una diferencia respecto de la noción de reprobación o repudio. La sanción de nulidad – entendido el concepto como consecuencia jurídica, y no como castigo – contra el acto simulado no es una condena contra algo indebido, sino la precisa consecuencia de lo querido por las partes: la ineficacia del acto aparente.

1.2. Simulación Absoluta y Simulación Relativa

En los términos en los cuales entendemos el fenómeno simulatorio, consideramos que habrá un acuerdo de simulación absoluta cuando exista el pacto de crear un negocio aparente – que no adquiere existencia –, con el fin de ocultar una realidad que no se altera; es decir, cuando las situaciones jurídicas de cada una de las partes respecto de la otra – u otras – no sufren variaciones.³⁰ Las partes no quieren celebrar el acto ostensible, sino quieren que solo parezca que así lo hacen.

Por su parte, a nuestro parecer la simulación relativa implica la coexistencia de un único negocio que se ha querido celebrar, y que incluye la regulación de una verdadera relación jurídica que permanece oculta, con una apariencia que

se crea en virtud a ese mismo negocio. Dentro de los supuestos de simulación relativa se encuentran aquellos que involucran lo que la doctrina ha venido en llamar simulación por interposición de persona, la cual consiste en la discrepancia entre las partes que aparecen como otorgantes del negocio aparente y las que en verdad se relacionan jurídicamente en virtud al acuerdo simulatorio.

2. Simulación del contrato de sociedad por inexistencia de pluralidad de socios

Visto lo expuesto, luego de una revisión de las opiniones en torno al fenómeno de la constitución de sociedades de favor nos queda la impresión de que la doctrina se resiste a ver lo evidente, y en cambio ha optado por complejas fórmulas que alejen a las sociedades de favor de las temidas consecuencias de la simulación. Tengamos en mente cómo se configura el acto constitutivo de una sociedad de favor: Una persona tiene interés en realizar actividad empresarial a través de una sociedad, por lo que recurrirá a uno o más terceros y solicitará su colaboración para que suscriban los documentos necesarios que los hagan figurar como socios. El favor consiste en simplemente "prestar" su nombre. No tendrán obligación de realizar aportación alguna, y el acuerdo, tácita o expresamente, involucra que no se tendrá ningún derecho económico o político en la sociedad por crear. Consideramos entonces que el caso de la constitución de sociedades de favor es un ejemplo clarísimo de simulación.

Y a aquella conclusión habría que llegar incluso desde una perspectiva clásica de la simulación, como la de Ferrara. Los intervinientes en la sociedad de favor son perfectamente conscientes de que en la realidad no les une vínculo jurídico alguno – más allá del acuerdo simulatorio –; no pueden ser considerados verdaderos socios. Las

28. TORRES, Op. Cit. pp. 520-521.

29. LÖHMANN, Op. Cit. p. 371.

30. Pues definitivamente no en pocos casos la realidad efectivamente se altera con una simulación absoluta, como consecuencia del ingreso al tráfico jurídico de ese "fantasma jurídico" (en palabras de Ferrara).

cosas no serán diferentes si se toman en cuenta concepciones más recientes como la de Sacco³¹, pues el – aparente – contrato de sociedad sería un negocio que ha sido contradicho por las propias partes mediante una contradecación, la cual – como sabemos – no necesariamente se encontrará por escrito. Por nuestra parte, – siguiendo parcialmente a Sacco³² – hemos considerado que habrá simulación cuando del acuerdo de voluntades – nunca reducido al texto del documento donde consta el negocio aparente – se desprenda que se ha buscado crear una apariencia.

Pese a las múltiples posiciones contrarias a admitir la simulación en el fenómeno de la constitución de sociedades de favor³³, nos parece entonces bastante evidente que, si vamos más allá del texto del acto constitutivo de una sociedad de favor – evitando caer en el “ontologismo del documento” del cual habla Sacco³⁴ –, veremos que existe un acuerdo de crear una apariencia. Esta apariencia se refiere a la existencia de una verdadera sociedad entre los intervinientes, si entendemos que la sociedad pensada por el legislador es más que un ente, es un entramado de relaciones entre los socios al cual el ordenamiento jurídico enviste de tales cualidades.³⁵

31 Para quien la simulación es un negocio contradicho por una contradecación (SACCO Op. Cit. p. 645.).

32 Pues no compartimos que en una simulación lo que se muestra a los terceros es un fragmento de declaración.

33 Por limitaciones de espacio esta no podrá ser sede para exponer las doctrinas que buscan alejarse de la teoría de la simulación para explicar las sociedades de favor, pero podemos adelantar que existen al menos las que se valen de la supuesta naturaleza de acto complejo del acto constitutivo de sociedad, que implicaría una voluntad unitaria no simulable (Ver: FERRARA, Op. Cit. pp. 104-105.), las que toman la personalidad jurídica como sustento para volver irrevocables las sociedades (ver ZANELLI, Pietro. *Stipulazione e vicende del contratto di società. I Grandi Terzi. Le società*. Francesco Galgano (Director). UTET, Torino, 2002. p. 83.), las que en el mero formalismo ven ya una verdadera voluntad social (ver SERRA MALLOL, Antonio. *Las sociedades unipersonales en el Derecho español*. Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003. p. 73.), las que incorporan estos supuestos a aquellos calificados como negocios no simulables por implicar un reconocimiento constitutivo de la autoridad (ver FERRARA, Op. Cit. pp. 108-109.) y las que ven en el acto constitutivo de una sociedad de favor un negocio indirecto (ver GRECO, Paolo. *Le società di comodo e il negozio indiretto*. En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. A. Saffa – C. Vivante (Directores). Milano, Francesco Vallardi, Volumen 30, Primera Parte, 1932. pp. 786-788.).

34 SACCO, Op. Cit. p. 646.

35 Como se verá más adelante, para nosotros esta visión contractualista de las sociedades no tiene por qué ser absoluta, siendo necesario que distingamos a la sociedad – como ente – de su acto constitutivo, que para nosotros potencialmente podría tener diversas naturalezas (entre ellas la contractual).

36 BIANCA, Op. Cit. pp. 662-663.

Con respecto a las razones por las cuales no nos acogemos a ninguna de las posturas por las cuales se busca negar la simulación como figura aplicable a las sociedades de favor, en esta oportunidad únicamente recurriremos a Bianca³⁶ para, junto a él, recordar que en la jurisprudencia italiana la posibilidad de configuración de la simulación de una sociedad no encontró obstáculo, en el caso de las sociedades de capital, en las normas que le asignan eficacia constitutiva a la inscripción, ni en aquellas que regulan taxativamente las hipótesis de nulidad, toda vez que la simulación es invocada respecto al contrato de sociedad, y no respecto a la sociedad como ente. Ahí creemos que radica buena parte de la confusión: lo que se simula no es la sociedad – como ente –, sino el contrato de sociedad. ¿Por qué negar entonces la posibilidad de que este contrato, como los demás, pueda simularse?

Somos entonces del parecer de que un contrato de sociedad (no simulado) sí debe conllevar en los participantes aquello que la doctrina ha venido llamando “*animus societatis*”, pero sin extenderse los alcances de este concepto más allá de la simple voluntad de ser socio, lo que es lo mismo a querer celebrar realmente el contrato de sociedad.

Ahora bien, ¿ante qué tipo de simulación estaríamos en los casos de constitución de sociedades de favor? Una primera posibilidad sería que las sociedades de favor fueran consecuencia de una simulación relativa porque el contrato de sociedad aparentemente celebrado oculte un negocio disimulado. Creemos que debería bastar con ver las sociedades de favor a la luz de la definición antes dada de simulación relativa, para verificar que en el acuerdo simulatorio en virtud al cual se celebra ficticiamente el contrato de sociedad no se regula ninguna relación jurídica deseada, más allá del mero propósito de crear la apariencia de contrato de sociedad. Los intervinientes no buscan permanecer vinculados jurídicamente de forma alguna, simplemente acuerdan llevar a cabo una simulación sin buscar ocultar nada más que su pretensión simulatoria. Esto nos llevaría a descartar que las sociedades de favor sean consecuencia de simulaciones relativas.³⁷

En segundo lugar, aunque aun sin salir del ámbito de la simulación relativa, sabemos que la simulación por interposición de persona consiste justamente en la intervención de testaferros en negocios simulados, por lo que podría generarse una duda razonable sobre si las sociedades de favor son supuestos de esta manifestación del fenómeno simulatorio. Sin embargo, en tanto supuesto de simulación relativa, la simulación por interposición de persona presupone también la existencia de una verdadera relación jurídica más allá de la mera simulación, por lo que no quedaría entonces más que concluir que la constitución de sociedades de favor tampoco subsume en esta categoría.³⁸

Queda claro entonces que nuestra opción es por considerar que las sociedades de favor son consecuencia de simulaciones absolutas, pues coincidimos con Morales en que la causa en la simulación absoluta es la finalidad concreta de crear una situación aparente, es decir, no producir ningún negocio jurídico³⁹ – más allá de la simulación –. Es cierto que se insiste mucho en doctrina en que los intervinientes en una sociedad de favor quieren realmente que nazca el ente societario, pero al menos en principio pareciera que tal voluntad es jurídicamente irrelevante, porque la sociedad no surge de una mera voluntad de que surja, y en realidad lo que existe – y tiene relevancia jurídica – es una voluntad de simular un contrato de sociedad sin producir en realidad negocio jurídico alguno. Se quiere simplemente engañar para que se reconozca una relación jurídica societaria ficticia como sociedad.

III. POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA SIMULACIÓN ABSOLUTA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

No es propósito de este trabajo profundizar en cada cuestionamiento que podría hacerse – o se hace – al fenómeno de las sociedades de favor, por lo que en este punto haremos solo un breve repaso de las posibles consecuencias negativas que podría traer el que se advierta que el acto constitutivo de una sociedad de favor es un negocio simulado.

La constitución de sociedades de favor ha sido vista por ciertos autores como una conducta

37 Según Greco – aunque luego se orienta hacia la aplicación de la teoría del negocio indirecto –, en principio tendría sentido hablar de simulación relativa porque las partes realmente querían una parte de la disciplina del contrato de sociedad, es decir aquella parte de sus efectos que da origen a la persona jurídica (GRECO, *Op. Cit.* pp. 786-787.). Discrepamos con Greco, pues cuando en materia de simulación relativa se habla de algo realmente querido por las partes, se está haciendo referencia a una verdadera relación jurídica obligatoria. El ente societario en principio no surge por una mera voluntad de que surja porque si, sino como un reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace a partir de una relación humana intersubjetiva que se establece consensualmente.

38 Vale la pena precisar que los socios de favor no intervienen para aparecer como si estuvieran recibiendo derechos y obligaciones que en realidad pertenecerían al interesado – ni mucho menos a algún otro interponente –, sino intervienen en el contrato de sociedad haciendo creer que reciben los mismos, cuando ni ellos ni nadie recibe los atributos propios de un socio. Los efectos que en apariencia recaen sobre los socios de favor, en virtud al ficticio contrato de sociedad, en realidad no recaen sobre nadie porque no se generan.

39 MORALES. *Op. Cit.* "Simulación absoluta..." p. 605.

ilícita en sí misma. Así, cuando en 1970 Ricardo La Hoz Tirado prologó la obra de Maisch que contenía la propuesta de inserción de la empresa individual de responsabilidad limitada en nuestro sistema, afirmó que era necesario permitir la limitación de responsabilidad del empresario individual para evitar que se acudiera a ficciones de formas societarias que a su criterio no solo implicaban una desnaturalización de las instituciones jurídicas, sino además un fraude a la ley.⁴⁰

Incluso en los sistemas en los cuales han sido plenamente admitidas las sociedades unipersonales se habla de las sociedades de favor como supuestos de fraude a la ley⁴¹, por lo que con mayor razón podría ser este un tema de preocupación bajo un sistema como el nuestro en el que la regla se simplifica y reduce a exigir que las sociedades tengan pluralidad de socios.

Visto ya el fenómeno desde la perspectiva de la simulación absoluta, consideramos que existen tantos argumentos civiles como de Derecho Comercial que eventualmente podrían resultar dañinos para las sociedades de favor.

En lo que respecta a los efectos de una simulación del acto jurídico, coincidimos ya con Ferrara

en que "la simulación en sus diferentes formas tiene siempre por efecto la nulidad del negocio aparente".⁴² Concluimos también que el negocio constitutivo de las sociedades de favor es un negocio aparente por simulación absoluta, por lo que en principio habría que seguir el orden lógico y concluir que el acto constitutivo de una sociedad de favor es nulo.⁴³

Por otro lado, opinión difundida en la doctrina es que una sociedad de favor debe ser declarada nula, por solo concurrir una voluntad efectiva, y procederse con su liquidación⁴⁴. Rosapepe, incluso luego de preverse la posibilidad de constituir sociedades unipersonales en Italia – donde las sociedades han sido vistas siempre desde una perspectiva muy contractual – considera esta permisón legislativa como una excepción, mientras la nulidad de la sociedad por falta de pluralidad inicial seguiría siendo la regla general.⁴⁵ Además, parte de la doctrina considera que el acto constitutivo de una sociedad de favor sería en realidad inexistente y no nulo, como es el caso de Cabanellas, por considerar la pluralidad de socios como un elemento definitorio del contrato de sociedad, cuya ausencia haría que no tenga lugar el nacimiento de la persona jurídica⁴⁶. Finalmente, recurriendo a más

40 MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrécia. *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, proyecto de Ley tipo para América Latina*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1970, p. 13.

41 Así, Amenez, a propósito del ordenamiento español, afirma que cabe preguntarse si no se estaría en estos casos ante un fraude a la ley, donde el régimen previsto para las sociedades unipersonales sería "el conjunto normativo tratado de eludir al amparo de las reglas que establecen un concepto formal de socio único" (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y DÍAZ MORENO, Alberto. *Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Tomo 14, Volumen 5, Segunda Edición. Rodrigo Uría y Otros (Directores). Civitas, Madrid, 2001, p. 67.)

42 FERRARA. Op. Cit. p. 797.

43 Adicionalmente, consideramos, junto al propio Ferrara, que la nulidad del contrato simulado no queda subsanada con su inscripción – en tanto simple forma de publicidad que nada añade a la validez intrínseca de los actos – (Ibid. P. 288.), por lo que, si continuáramos en esta línea, también habría que concluir que la inscripción del acto constitutivo de una sociedad de favor no subsanaría su nulidad.

44 JIMÉNEZ. Op. Cit. p. 66.

45 ROSAPEPE, Roberto. *La società a responsabilità limitata unipersonale*. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale. Dott. A. Giuffrè Milano, 1996, pp. 10-11.

46 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Societario; Parte General*, Tomo 3, Buenos Aires, Heliasta, 1996, p. 42. Además, siguiendo a Reyes podría concluirse que faltaría una verdadera personalidad jurídica, y por lo tanto no habría verdadera separación patrimonial, con el consecuente riesgo de los socios a verse obligados a responder con su patrimonio.

argumentos de Derecho Civil podría también decirse que la constitución de sociedades de favor provendría de un contrato sin causa, por excluirse a los socios de favor de las ganancias y pérdidas⁴⁷ – léase de una verdadera participación como socios –, y esto bajo nuestro sistema, según como se mire, generaría la nulidad o inexistencia del contrato de sociedad.

Ahora bien, se dice de manera pacífica en la doctrina que las reglas aplicables a la nulidad del acto jurídico no necesariamente son también aplicables a la nulidad de los actos vinculados al Derecho Societario, pero, al menos a primera vista, las normas que podemos encontrar en la Ley General de Sociedades, aplicables a la nulidad del pacto social – entendido como acto constitutivo de sociedad –, tampoco parecen ser muy esperanzadoras respecto de la tolerancia de las sociedades de favor.

El particular tratamiento que recibe el acto constitutivo de sociedad comienza con su inscripción, en tanto momento escogido por nuestra legislación para concederle personalidad jurídica a la sociedad. Conforme se establece en el artículo 33 de la Ley General de Sociedades, a partir de este momento la nulidad del pacto social podría ser declarada únicamente por cuatro causales taxativas. Entre estas causales se encuentra la ausencia de consentimiento válido de un número de socios fundadores, que determine que la sociedad no cuente con la exigida pluralidad de socios.

Si, como lo hemos venido sosteniendo, la constitución de una sociedad de favor involucra que no exista un verdadero acuerdo de constituir una sociedad, entonces todo parece indicar que, por ausencia de consentimiento – válido, si se quiere –, correspondería declararse la nulidad de una sociedad de favor, con la consecuente

disolución de pleno derecho prevista en el artículo 36 de la Ley General de Sociedades.

Continuando con una perspectiva del Derecho Comercial, no puede dejarse de pensar en la figura del levantamiento del velo y de su eventual aplicación a las sociedades de favor. Reyes nos enseña que, cuando la doctrina agrupa las circunstancias que con frecuencia aparecen en las sentencias judiciales que desarrollan la tesis de la desestimación de la personalidad jurídica, aparece como una de las causas más frecuentes el que la sociedad no sea más que un instrumento del que se vale un solo socio para cumplir sus propias finalidades y “el socio controlador y la sociedad son una misma entidad que no debe diferenciarse con el único propósito de limitar la responsabilidad de los socios”.⁴⁸ Entre los autores locales, Hundskopf identifica entre los supuestos de aplicación del allanamiento de la personalidad o levantamiento del velo, “cuando se detecta un control pleno de la sociedad, por otra entidad, empresa o alguno de sus miembros, socios o titulares, de manera tal que su autonomía jurídica no tuviera realidad significativa”.⁴⁹

Así, para Cabanellas⁵⁰, por ejemplo, en caso no haya por lo menos dos socios con participación económicamente significativa, correspondería la desestimación de la personalidad societaria si es que ésta entra en conflicto con otras reglas jurídicas, pues las reglas que reconocen y le dan efectos a la personalidad societaria habrían perdido el motivo económico que les da origen.

Resulta también útil para nuestro análisis dar una rápida mirada a experiencias extranjeras en cuanto al tema de las sociedades de favor. Así, podríamos remontarnos a finales del siglo XIX, al conocido “leading case” *Salomon v. Salomon & Co.*, que incluso hasta hoy mantiene vigencia para defender el concepto de “corporation”

47 GARCÍA RENDÓN, Manuel. *Sociedades Mercantiles*. Harla, México D.F., 1993, p. 42, siguiendo a Rodríguez Rodríguez.

48 REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario*. Tomo I, Temis, Bogotá, 2004, pp. 218-219.

49 HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Las personas jurídicas con fin económico*. En: *Revista Jurídica del Perú*. No. 24, Lima, 2001, p. 96.

50 CABANELLAS, Op. Cit. p. 307.

como una entidad legal independiente a sus miembros. Cuando en aquellos tiempos el señor Salomon decidió continuar el negocio de cueros que hasta entonces manejaba en Londres como empresario individual sin responsabilidad limitada, a través de una "Limited Company" que legalmente le exigía contar con otros seis socios, y para ello su mujer e hijos suscribieron cada uno una acción, sin variar en nada el control que las restantes 20,001 acciones le daban a Salomon; sobreviniendo luego una crisis patrimonial de la empresa que impedía el pago a todos los acreedores – incluido el propio Salomon –; las cortes inglesas tuvieron que enfrentarse al problema de las sociedades de favor, llegando la Corte de Apelaciones a rechazar la "one-man company" por considerar que una "company" de esa naturaleza no era más que un mito o ficción, un ardid para continuar el mismo negocio de siempre pero con responsabilidad limitada.⁵¹

En Italia, en la etapa previa a la Décimo Segunda Directiva de la Comunidad Europea en materia de sociedades⁵², la jurisprudencia sostuvo la responsabilidad ilimitada del socio casi totalitario, vinculando ello a la ficticia intervención del socio minoritario, al carácter fraudulento de tal intervención o a la interposición real del mismo con fin elusivo.⁵³

En cuanto al caso español, resulta ilustrativo el que el Tribunal Supremo, por sentencia del 27 de noviembre de 1985, determinara hacer responsable a un socio titular de 2,998 acciones, de un total de 3,000 emitidas por la sociedad, por las deudas de esta con terceros, al considerar

que se había originado una confusión en los acreedores, al no poder distinguir si contrataban con la sociedad o con el socio.⁵⁴

La experiencia argentina es también interesante para la materia que nos ocupa. Así, en el año 1982 se resolvió el caso Alesy S.A.⁵⁵, el cual se presentó como un asunto de materia concursal, pero que implicó el análisis de la exigencia de pluralidad de socios. En este caso se extendió la quiebra del socio único a la referida empresa, disponiéndose que los bienes de esta fueran incorporados al activo concursal del socio, por considerar que "sólo uno es quien ha dirigido y dispuesto en la aparente sociedad omnímodamente y sólo uno quien ha realizado en realidad los aportes que se dicen societarios (...) no es en realidad 'socio' sino el único titular del patrimonio que aparece como propiedad de la sociedad".⁵⁶

También en Argentina, pero esta vez en el ámbito registral, por Resolución del 05 de abril de 2005⁵⁷ el Inspector General de Justicia, autoridad administrativa – de segunda instancia – encargada de verificar la legalidad de los actos inscribibles en el Registro Público de Comercio, resolvió el caso de Copal Sociedad Anónima Financiera y Comercial, relativo a la solicitud de inscripción de un aumento de capital de esta sociedad. Solicitada la inscripción, la inspectora calificadora advirtió a la sociedad requirente que no se cumplía con el recaudo de la pluralidad de socios, por tenerse una participación societaria de 99% - 1%. El Inspector General de Justicia confirmó la denegatoria de la inscripción del aumento de capital social, considerando que era

51 Aunque luego la Casa de los Lorens emitiera un revolucionario pronunciamiento a favor de la validez de las sociedades de favor ("one-man companies") cuando simplemente se cumplía formalmente con el mínimo de socios legalmente requerido.

52 Por la cual se instó a los países miembros a incluir en sus legislaciones las sociedades unipersonales.

53 SIROTTI GAUDENZIE, Andrea. *La Società unipersonale nel sistema europeo delle imprese*. Esselibri, Napoli, 2003, p. 134.

54 SERRA, Op. Cit. p. 57.

55 Fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, Sala II, 21/6/82; recogido por CABANELLAS, Op. Cit. p. 330.

56 Loc. Cit.

57 Resolución I.G.J. No. 393 Bs.As. Disponible en www.diarioelaccionista.com.ar, 05 de abril de 2005.

inadmisible la pretensión de mantener, después del reciente aumento de capital, la misma proporción de 99,98% de acciones de titularidad de un único socio, estableciendo que *“resalta más la circunstancia de configurar una ‘sociedad de cómodo’, esto es, tratarse la sociedad de un mero instrumento o ‘comodidad’ de su controlante o dueño (...) para evitar la responsabilidad solidaria e ilimitada de éste, responsabilidad que es propia del comerciante o empresario individual”*.

En mayo de 2005 la referida doctrina de la Inspección General de Justicia de Argentina recibió acogida en los tribunales judiciales, generándose preocupación en los especialistas del país sureño. Se trató del caso *Fracchia Raymond S.R.L.*, resuelto por la Sala “E” de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la ciudad de Buenos Aires, mediante resolución del 03 de mayo de 2005.⁵⁸

IV. ALTERNATIVAS PARA HACER FRENTE A UN FENÓMENO RECURRENTE

La tesis que desarrollamos en la investigación de la cual el presente es una adaptación, propone como alternativa adecuada para hacer frente al fenómeno de las sociedades de favor, admitir de forma plena las sociedades unipersonales, reformulando el concepto de persona jurídica que en nuestro medio se tiene – sustentado en la noción de colectividad –, apartándose de la noción de sociedad como contrato y adoptando las correspondientes reformas legislativas. Sin embargo, en esta oportunidad corresponde profundizar un poco en la propuesta que también hacemos para, sin necesidad de esperar una acción legislativa, hacer frente a los riesgos que de una u otra forma acechan a las sociedades de favor.

Como ya quedó claro, para nosotros la constitución de sociedades de favor es una simulación absoluta del contrato de sociedad, por lo que, de conformidad con el artículo 219, numeral 5, del Código Civil, ese contrato de sociedad sería en

principio nulo, aunque otros – sin que les falte razón – podrían afirmar que en realidad sería inexistente porque los intervinientes acuerdan solamente aparentar su celebración. En todo caso, queda claro que la sanción escogida por nuestro ordenamiento civil sería la nulidad.

Ahora bien, si, como creemos debe ser, se considerara que en realidad las normas aplicables – por especialidad – son, en primer lugar, aquellas previstas en la Ley General de Sociedades, tenemos que el artículo 33 de este cuerpo normativo sanciona con nulidad al pacto social – entendido como acto constitutivo de sociedad – cuando en él se encuentre ausente un consentimiento válido de un número de socios fundadores que determine que la sociedad no cuente con la exigida pluralidad de socios. Recurriendo al Derecho Civil habría que concluir que el acto constitutivo de una sociedad de favor, en tanto absolutamente simulado, carece de un verdadero consentimiento – válido, si se quiere –, por lo que aparentemente estaríamos en el supuesto de hecho de la citada norma societaria.

Hasta aquí parecería que los innumerables actos constitutivos de sociedades de favor que se practican en nuestro país estarían condenados a no surtir efectos, y con ellos parecería caer un incalculable número de sociedades que se encontrarían viciadas en su origen. Sin embargo, hay un elemento muy importante que no debe perderse de vista, y es que estamos ante un supuesto de simulación negocial, y ahí donde interesado y testarfero no celebraron ningún contrato, sí crearon una apariencia, y es una muy fuerte apariencia a la que mal se haría en privar de efectos jurídicos por las particularidades que tiene el ingreso de una sociedad en el mundo jurídico y en la realidad. En esta apariencia radican los particulares efectos que creemos deben reconocerse a la constitución de sociedades de favor.

Cuando Lohmann habla de la simulación del acto jurídico en general, reconoce que el negocio absolutamente simulado, al adolecer de

58. PAPA, Rodolfo. Un precedente judicial que impacta en la estructura del capital de sociedades. En: Latin Counsel, <http://www.latincounsel.com/esp/noticiaampliada.php?id=4958>, 17 de mayo de 2005.

nulidad absoluta, debe tenerse como si nunca se hubiera celebrado y las partes deben restituirse o resarcirse las prestaciones realizadas, pero agrega que esa consecuencia habrá de operar hasta donde lo permita la naturaleza del acto y los efectos indirectos que pueda haber generado⁵⁹. La naturaleza del acto constitutivo de sociedad, así como los "efectos indirectos" que produce o puede producir la creación – aunque fuere meramente formal – de una sociedad, merecen a nuestro parecer un tratamiento particular que nos aparte de ese entendimiento del acto como no realizado.

Ferrara reconoce que, si bien el negocio simulado es nulo, la voluntad de las partes de todas formas puede producir consecuencias jurídicas. En este sentido, siguiendo a Vigoroux sostiene que "el acto simulado (...) posee, sin ser sincero, toda la realidad de su mentira, capaz por sí misma de una eficacia creadora o modificativa de relaciones jurídicas"⁶⁰. Asimismo, en atención a los fatales efectos que la nulidad puede tener frente a terceros, este autor señala que "fo que en el comercio aparece como verdadero debe tenerse por verdadero"⁶¹.

Un intento de salvaguarda de las abundantes sociedades de favor podríamos realizarlo recurriendo a la doctrina de las sociedades de hecho que es expuesta por Paz-Ares:

"(...) la sociedad, una vez puesta en marcha e inserta en ese entramado o tejido de relaciones jurídicas que es el tráfico, no puede ser aislada retroactivamente del ambiente

*en que se ha desarrollado mediante el ejercicio de una acción de nulidad"*⁶².

Y, por lo tanto:

*"La inercia de la realidad en el sentido de considerar existente la sociedad prevalece sobre la exigencia del Derecho a considerarla inexistente"*⁶³.

Ahora bien, como consecuencia de lo descrito Paz-Ares concluye que la sociedad nula o anulable debe considerarse como no viciada, y en cambio se la debe tratar a través de técnicas que surtan efectos únicamente ex nunc, como es la disolución y liquidación.⁶⁴ El legislador peruano creemos que ha estado atento a esta doctrina, pues el artículo 36 de la Ley General de Sociedades es claro al señalar que el efecto de la sentencia que declara la nulidad de un pacto social es la disolución de pleno derecho de la sociedad, manteniéndose además su personalidad jurídica para efectos de la liquidación. Además, el artículo 37 del mismo cuerpo normativo prevé la ineficacia frente a terceros de buena fe, de aquella sentencia que declara la nulidad del pacto social. Los efectos ex nunc, entonces, en nuestra legislación estarían asegurados.

Pese a ello, creemos que las medidas recomendadas por la doctrina de las sociedades de hecho, y recogidas en nuestra legislación societaria, no son de gran ayuda para permitir la permanencia pacífica de las sociedades de favor. Ceñirnos a estas medidas implicaría aceptar que innumerables sociedades existentes en nues-

59. LOHMANN. Op. Cit. pp. 390-391.

60. FERRARA. Op. Cit. p. 291.

61. Ibid. pp. 298-299.

62. PAZ-ARES. Cándido. *La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad*. En: Curso de Derecho Mercantil. Tomo 1. Rodrigo Uría y Otros. Civitas, Madrid, 1999, p. 478.

63. Loc. Cit.

64. Loc. Cit. Sin embargo, la aplicación de esta doctrina de la sociedad de hecho tendría tres presupuestos: (i) existencia de un contrato de sociedad viciado; (ii) efectiva puesta en marcha de la organización social – no bastando la mera ejecución del contrato en el ámbito íntimo, con la realización de los aportes –; y (iii) no existencia de intereses de rango superior a los que se busca satisfacer con la sociedad de hecho – como sería, por ejemplo, la protección del menor ante un vicio por incapacidad – (loc. Cit.).

tro medio se encontrarían susceptibles a una disolución de pleno derecho, por declaración de nulidad de su pacto social – sin perjuicio de la “caducidad societaria” que habría operado ya a favor de muchísimas sociedades de favor –. Nos resistimos a aceptar esta posibilidad porque la inseguridad que se generaría sería muy perjudicial para el sistema, y además tiene que reconocerse que el fenómeno de la constitución de sociedades de favor ha sido generado principalmente por la inatención que el legislador ha tenido para con la realidad empresarial.

No obstante, ¿nuestra pretensión de mantener con existencia a la sociedad, pese a los vicios de su acto constitutivo, tendrá algún sustento legal? Creemos que un ánimo interpretativo favorable a la conservación de las sociedades nos permitiría responder afirmativamente esta pregunta. Veamos.

Estamos de acuerdo con Eliás en que, del artículo 33 de la Ley General de Sociedades se desprende que los vicios en el acto constitutivo de una sociedad inscrita, es decir, aquel que ha pasado por el control de legalidad del Registrador, es un supuesto particularmente complejo, que impide dar una solución al problema de la – eventual – nulidad del pacto social a partir de las normas generales del acto jurídico.⁶⁵ Por lo tanto, pensamos que nuestra alternativa de salvaguarda de las sociedades de favor habremos de encontrarla en las particularidades del régimen de las nulidades societarias.

Las sociedades inscritas son consideradas entidades tan dignas de protección, y por lo tanto las nulidades societarias han sido estructuradas de forma tan flexibles, que el artículo 34 de la Ley General de Sociedades permite la subsanación de la causal de nulidad. Es así que, ante los even-

tuales cuestionamientos al acto constitutivo de una sociedad de favor, sería posible bloquear la declaración de nulidad con una modificación del pacto social que implique la verdadera participación del socio de favor, o en todo caso la participación de un nuevo – y verdadero – socio que impida considerar que se ha incumplido la pluralidad requerida por ley.

Sin embargo, el blindaje que quisiéramos darle a las sociedades de favor no debería requerir de un acto adicional, y además probablemente en muchos casos la subsanación siga siendo considerada insuficiente, pues con dificultad el interesado perderá su intención de no asociarse en el emprendimiento a llevar a cabo a través de la sociedad.⁶⁶

Tengamos en cuenta la experiencia europea, porque creemos que en ella podemos encontrar una respuesta más satisfactoria. La Primera Directiva de la Comunidad Europea en Materia de Sociedades⁶⁷ estableció ciertas causas taxativas de nulidad de las sociedades, derogándose la aplicación, a la constitución de sociedades, de las reglas relativas a la nulidad de los contratos en general. En función a esto, se ha dicho, a favor de las sociedades de favor, que existe una disciplina especial de nulidad de las sociedades, y entre las hipótesis taxativas no se encuentran la falta de causa, la ausencia real de un acuerdo entre las partes o la discrepancia entre el objeto declarado y el objeto efectivo.⁶⁸

Adviértase que esta interpretación favorable a las sociedades de favor se realiza pese a que el artículo 11 de la referida Primera Directiva incluye entre las causales de nulidad “el hecho de que, contrariamente a la legislación nacional que regule la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos”.

65 ELÍAS LARÓZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano; la Ley General de Sociedades del Perú*. Obra completa. Normas Legales, Trujillo, 2000, p. 78.

66 Sin perjuicio de la complejidad que ya implica acreditar que verdaderamente existe una intención de no asociarse.

67 No. 68/151/CEE, del 9 de marzo de 1968.

68 SANTA MÀRIA, Luigi. *Società e simulazione, società e comunione di godimento*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año 49, F. Cargi – U. Rinaldoni (Directores). Dott. A. Giuffrè, Milano, 1995, p. 223.

Vemos cómo se ha considerado que podría no haber un real acuerdo de constituir una sociedad – simulación absoluta propia de las sociedades de favor –, pero aun así no infringirse la exigencia de pluralidad. Teniendo en cuenta el contexto de las sociedades de favor, así como las necesidades que se manifiestan en nuestra realidad empresarial, nos declaramos favorables a esta interpretación, que además parece traer al presente la trascendente decisión de la Casa de los Lorea en *Salomon v. Salomon & Co.*

Cuando en Europa las sociedades unipersonales se admitieron plenamente surgió un nuevo problema, pues las desincentivadoras exigencias que se impusieron a su régimen generaron que muchos siguieran prefiriendo las – formalmente pluripersonales – sociedades de favor. Por lo tanto, a efectos de determinar si se estaba violando la ley, se inició una discusión respecto a si la unipersonalidad regulada por el nuevo régimen era solamente formal – es decir, si eran sociedades unipersonales todas aquellas que formalmente tenían un solo socio – o si, por el contrario, lo era también aquella material – esto es, la unipersonalidad oculta tras una pluralidad simulada –. Aquellos que se mostraban comprensivos frente a los ánimos de simulación, impulsados por una mala política legislativa, se declaraban a favor de considerar que el régimen de las sociedades unipersonales era aplicable únicamente a aquellas que lo eran formalmente.

Pensamos que una interpretación similar se impone en nuestro sistema si es que queremos que nuestro Derecho no le termine de dar la espalda a la realidad empresarial que, se supone, debe regular eficientemente. Apostamos entonces por considerar que el numeral 1 del artículo 33 de la Ley General de Sociedades se refiere a una pluralidad formal de socios, y por lo tanto no corresponde hacer la indagación de si determinada sociedad es o no de favor.

La lectura que creemos debe dársele a la disposición normativa mencionada es en el sentido que podrá declararse la nulidad de un pacto social cuando en él no exista el consentimiento válido de dos o más personas para constituir, formalmente o no, una sociedad. En este sentido, si voluntariamente dos o más personas suscriben una escritura pública declarando querer darle vida a una sociedad – como ente –, y aunque en realidad no haya ánimo asociativo, no debe considerarse que este supuesto subsume en la causal de nulidad. En cambio, si, por ejemplo, mediante violencia una persona es obligada a participar como segundo socio fundador de una sociedad, en este caso no habrá un consentimiento válido de su parte – pues ni siquiera tiene voluntad de darle vida, de favor o no, a un ente societario –, y al no existir pluralidad de socios cabría considerar que se trata de un supuesto de nulidad de pacto social.

No creemos, por tanto, que la constitución de una sociedad de favor sea una conducta ilícita en sí misma, pues no se vulnera ningún principio de orden público al entender que basta una pluralidad formal de socios para dar por satisfecha la anacrónica exigencia legal. Aunque podrían prestarse también para esos fines – debiendo determinarse ello en cada caso concreto –, en principio tampoco vemos en las sociedades de favor un fraude a la ley, en tanto lo que se busca es acogerse a un régimen legal que ha demostrado ser eficiente en el mercado, y no eludir los alcances de algún otro régimen de aplicación imperativa. No vemos que existan razones de orden público para considerar que el empresario individual no asociado – realmente – con otros, y que no opta por la figura legal de la E.I.R.L., deba necesariamente participar en el mercado con responsabilidad ilimitada⁶⁹, que es lo que supuestamente estaría tratando de eludirse. Por ello, creemos también que el levantamiento del velo societario debe reservarse para aquellos

⁶⁹ Teniendo además en cuenta que los terceros conocen perfectamente que los socios limitan su responsabilidad a través de la sociedad, de ser el caso.

casos de fraude a través de la persona jurídica societaria, o de abuso de la personalidad jurídica, no siendo suficiente razón para su aplicación el que se detecte la existencia de una sociedad de favor.

Cabe precisar que esta interpretación favorable a las sociedades de favor beneficia únicamente a aquellas inscritas en los Registros Públicos, pues las causales taxativas de nulidad societaria se aplican únicamente respecto de sociedades inscritas. Esto, como regla general, es perfectamente entendible si se tiene en cuenta que recién con la inscripción las sociedades

adquieren personalidad jurídica, y sobre los terceros operan las consecuencias de la publicidad registral.

Finalmente, como podrá verse, nuestra interpretación permitiría además librar de la nulidad del pacto social a otras sociedades aceptadas socialmente, como sería el caso de aquellas constituidas por abogados para una posterior transferencia a sus clientes. En el acto constitutivo de estas sociedades tampoco hay un consentimiento de efectiva asociación, pero formalmente hay voluntades – válidas – dirigidas a dar creación a un ente societario.