

La Doctrina del Levantamiento del Velo Societario y su Aplicación en el Perú



RAFAEL ARTIEDA ARAMBURÚ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Definición de Velo Societario. Principio de Separación de la Personalidad Jurídica.
- III. Tratamiento en la Ley General de Sociedades y posibilidad de levantar el velo societario.
- IV. Abuso del Derecho.
- V. Fraude a la Persona Jurídica.
- VI. Existencia de casuística en el Perú.
- VII. Conclusiones.

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

ADVOCATUS 122

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto estudiar la teoría, de origen anglosajón, del levantamiento del velo societario, así como la posibilidad de aplicarla, conforme a los principios y normas que rigen el derecho societario y, en general, el ordenamiento jurídico peruano.

II. DEFINICIÓN DE VELO SOCIETARIO. PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Uno de los principios fundamentales del derecho societario consiste en la limitación de responsabilidad, según el cual, la sociedad responde ante sus acreedores con su propio patrimonio y no con el de sus socios.

Esta distinción entre el patrimonio de la sociedad, y el patrimonio de sus socios o accionistas, es consecuencia del reconocimiento legal de la personalidad jurídica de las sociedades, una ficción que, al ser reconocida por una norma legal, se convierte en realidad jurídica.

El tratadista argentino Guillermo Cabanellas de las Cuevas¹ expresa esta idea en la forma siguiente:

"En tal contexto, característico de las sociedades, resulta más simple, claro y económico imputar los derechos y obligaciones emergentes de la actividad colectiva a un único ente, con el cual mantienen determinadas relaciones jurídicas los terceros y los socios. La persona de existencia ideal es así una realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone".

Por su parte, el jurista peruano Enrique Elías Laroza² define a la personalidad jurídica de la siguiente manera:

"Se entiende que la personalidad jurídica es la que detentan entes jurídicos distintos de las personas físicas, que tienen una voluntad propia, están dotadas de una organización estable y son sujetos de derecho diferentes a sus socios, administradores o representantes".

En la misma línea, Capilla Roncero³ entiende el principio de separación de la personalidad jurídica como:

"El reconocimiento jurídico formalista de los entes dotados de personalidad jurídica que consideran a estos como sujetos de derechos subjetivos y relaciones jurídicas, autónomos y ajenos respecto de las concretas personas físicas que, integradas en la organización del ente, controlan sus destinos".

Asimismo, Seoane Linares⁴ define como uno de los principios de la persona jurídica al siguiente:

"2) La persona jurídica es una entidad distinta a sus miembros, así mismo su patrimonio es propio y distinto al de sus miembros. Este principio se inspira en la máxima de Ulpiano. "Si quid universitatis debetur, singuli non debetur"; Digesto 3, 4, 7, 1 (Lo que adeuda la persona jurídica, no lo adeudan sus miembros; asimismo, lo que adeudan los miembros, no lo adeuda la persona jurídica). Este principio es fun-

- 1 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Societario*. Tomo 3. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993. p. 34.
- 2 ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Obra Completa. Gaceta Jurídica, Lima. pp. 21 y ss.
- 3 Citado por: SEOANE LINARES, Mario. *Personas Jurídicas: Principios Generales y su Regulación en la Legislación Peruana*. Segunda Edición. Editorial Grijley, Lima-Perú, 2005. p. 67.
- 4 SEOANE LINARES, Mario. *Op.cit.* p. 31.

damental en la estructura de la persona jurídica y fue recogido por la gran mayoría de legislaciones modernas; por ejemplo el Artículo 78 del Código Civil dispone que "La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos o todos ellos tienen derecho a su patrimonio ni a satisfacer sus deudas".

En el Perú, el reconocimiento legal de la personalidad jurídica de las sociedades ha sido consagrado en el artículo 6 de la Ley General de Sociedades (En adelante, LGS), según el cual:

"La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción".

Respecto del tema, Elías Laroza⁵ señala, entre otros efectos de la personalidad jurídica –denominación o razón social, domicilio, patrimonio propio, capacidad como sujeto de derechos, duración, objeto, órganos sociales, representación, parentesco y nacionalidad–, el de "(...) independizarla totalmente de sus socios en los temas de responsabilidad ante terceros y de responsabilidad y representación judicial. En resumen, la personalidad jurídica genera independencia entre la sociedad y sus socios. Cosa distinta es una de otros. No puede haber confusión en ninguno de los aspectos antes mencionados".

Como refiere el tratadista español José Miguel Embid Irujo⁶, la consecuencia más importante de la atribución de personalidad jurídica a la sociedad anónima deviene en la irresponsabilidad de sus integrantes respecto de las deudas sociales.

En nuestro país, el principio de limitación de la responsabilidad ha sido recogido, por el artículo 31 de la LGS, que dispone a la letra lo siguiente:

"El patrimonio social responde por las obligaciones de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal en aquellas formas societarias que así lo contemplan".

La norma mencionada establece con toda claridad que, en las sociedades de responsabilidad limitada (como es el caso de la sociedad anónima), la responsabilidad por las obligaciones de la sociedad se encuentra limitada a su patrimonio, entendido como el conjunto de activos y pasivos.

Esta distinción entre el patrimonio de la sociedad y los patrimonios individuales de los socios, que resulta de gran utilidad práctica y constituye una de las piedras angulares del derecho societario, ha conducido en algunos casos a situaciones anómalas, en las cuales se ha hecho abuso de la figura de la personalidad jurídica, con resultados aparentemente arreglados a ley, pero que resultan contrarios al sentido jurídico.

En opinión de Cándido Paz-Ares, "(...) en algunos casos, el mantenimiento a ultranza de la separación entre la esfera individual de los socios y la esfera común de la sociedad que introduce el reconocimiento de la personalidad jurídica conduce a soluciones que repugnan el sentido jurídico".

La doctrina del levantamiento del velo societario o allanamiento de la personalidad jurídica (*disregard of the legal entity*) surge en la jurisprudencia anglosajona como un intento de solucionar los problemas generados por el uso abusivo de la personalidad jurídica. El antecedente más importante que se conoce sobre la aplicación de esta doctrina fue la decisión recaída en el caso conocido como "Salomon v. Salomon & Company Limited", emitida el año 1897 por la Cámara de los Lores⁷ en Londres, Inglaterra, por la cual,

5- Op. Cit., p. 24.

6- EMBID IRUJO, José Miguel. *Grupos de Sociedades y Accionistas Minoritarios*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1987. pp. 1035 y ss.

7- PAZ-ARES, Cándido. *Atributos y límites de la personalidad jurídica*. En: URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Civitas, Madrid, 1999. pp. 548 y ss.

8- *House of Lords*, integrada por los Jueces Lord Halsbury, Lord Herschell y Lord Macnaghten.

aplicando la *Company Act* de 1862, revocó las resoluciones emitidas en las instancias anteriores por el Juez Vaughan Williams y la Corte de Apelaciones, según las cuales el señor Salomon, al utilizar la figura de la "one-man company", abusó de los privilegios de la incorporación y la responsabilidad limitada.

La Cámara de los Lores, por el contrario, reconoció la existencia de la "one-man company" en el derecho consuetudinario y estableció claramente el concepto de personalidad jurídica separada e independiente de las sociedades, que trae como consecuencia la responsabilidad limitada de los socios.⁹ A partir del caso "Salomon v. Salomon & Company Limited", empezó a aplicarse el principio de la personalidad jurídica separada y distinta de las sociedades como criterio general, salvo que surgieran razones que justificaran la decisión de apartarse del mismo, como el uso de la personalidad jurídica de la sociedad con propósitos deshonestos, tales como burlar el interés público, justificar actos ilícitos, proteger el fraude o defender delitos. En estos casos, a criterio de la Cámara de los Lores, está justificado rechazar el principio de la personalidad jurídica separada y considerar a la sociedad como una asociación de personas físicas.¹⁰

Respecto del tema, Elías Laraza¹¹ señala:

"La moderna teoría del 'levantamiento del velo societario' representa en la práctica desconocer la personalidad jurídica de una sociedad, en algunos casos, para evitar la utilización indebida, abusiva o fraudulenta de las personas jurídicas, con el objeto de ocultar situaciones ilícitas o causar daño a terceros."

En el mismo sentido, Ricardo De Ángel Yagüez¹² indica que la teoría del levantamiento del velo societario:

"Significa despojar 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 no existiese la persona jurídica. Esto, desde luego, en aquellas hipótesis en que el intérprete del Derecho llegue a la apreciación de que la persona jurídica se ha constituido con el ánimo de defraudar o la ley o a los intereses de terceros, o cuando —no como objetivo, sino como resultado— la utilización de la cobertura formal en que la persona jurídica consiste conduce a los mismos efectos defraudatorios."

Como indica Carmen Boldó Rodá,¹³ haciendo referencia a la aplicación de la doctrina del levantamiento a los grupos de sociedades, en el derecho español, la doctrina y jurisprudencia de dicho país:

"(...) vienen afirmando que si el grupo forma una unidad, y como tal actúa y se manifiesta al exterior, como tal unidad debe responder ante los terceros acreedores. Sin embargo esto choca con la concepción formal de que cada sociedad que integra un grupo posee personalidad jurídica propia, y que, por esa razón es la única titular de sus derechos y obligaciones: la responsabilidad que nace por la falta de cumplimiento de estas últimas le corresponde es imputable (sic) sólo a ella. Frente a este dogma del 'hermetismo' de la persona jurídica, como

9. Entre otros puntos, la Cámara afirmó: "The company is at law a different person altogether from the [shareholders] (...), and, though it may be that after incorporation the business is precisely the same as it was before, and the same persons are managers, and the same hands received the profits, the company is not in law the agent of the [shareholders] or trustee for them. Nor are the [shareholders], as members, liable in any shape or form, except to the extent and in the manner provided for by the Act".

10. FARRAR, J.H.; FUREY, N.E.; HANNINGAN, B.H. *Farrar's Company Law*. Third Edition. Butterworths, London, 1991, p. 70.

11. *Op. cit.*, p. 28.

12. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica*.

13. BOLDÓ RODÁ, Carmen. *El levantamiento del velo en el derecho español*. Tercera Edición. Aranzadi, Madrid, p. 413.

hemos visto, surge la doctrina del velo, que propugna prescindir del artificio de la persona jurídica cuando ello sea necesario para evitar el fraude de ley o cualquier resultado injusto. El efecto pretendido normalmente con la aplicación de esta doctrina en materia de grupos será el lograr la comunicación de la responsabilidad por deudas entre los miembros de la misma, aunque ello no excluye otros resultados, como por ejemplo, la postergación de créditos de la sociedad dominante, en los casos de infracapitalización nominal de la dominada.

La misma autora, siguiendo a Embid Irujo y Fonti Ribas, reconoce que la utilización de esta técnica es objeto de críticas, según las cuales no sería conveniente renunciar a la seguridad derivada de la regulación legal a cambio de la hipotética justicia material que se conseguiría con el levantamiento societario. Por otras críticas, se cuestiona el escaso margen de operatividad de la doctrina, que solo operaría en casos límite de apariencia o confusión patrimonial. Ello debido a la necesidad de probar el abuso y el fraude. Ante ello, la autora afirma que:

"(...) la posible comunicación de la responsabilidad entre las sociedades pertenecientes al mismo grupo o entre sociedad dominada y dominante queda en manos de la jurisprudencia, como uno de los posibles efectos de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica y dentro del estrecho margen que suponen la necesaria concurrencia del fraude, y su carácter restrictivo".¹⁴

En España, cuyo derecho positivo no contempla la figura del levantamiento del velo societario, el "leading case" en la materia es la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de mayo de 1984, que recogió por primera vez la doctrina en cuestión, indicando lo siguiente:

"(...) la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia,

valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudentemente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de la entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (art. 10 de la Constitución) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un "ejercicio antisocial" de su derecho (art. 7.2 del Código Civil).

Posteriormente, la Sentencia arriba transcrita ha sido utilizada como sustento de numerosas resoluciones judiciales españolas, aunque, según indica la doctrina más autorizada de dicho país, no siempre con el debido sustento.

Posteriormente, el Tribunal Supremo español, a pesar de reconocer la importancia de la doctrina del levantamiento del velo societario, ha señalado que esta debe aplicarse solo de manera subsidiaria y como "última ratio". Esta tendencia conservadora en la aplicación de la doctrina del velo societario, que se mantiene hasta la actualidad, fue recogida por la Sentencia del propio Tribunal, emitida el 31 de octubre de 1996:

"Ahora bien, dicha operación del "levantamiento del velo" societario, debe utilizarse cuidadosamente y en casos extremos y de forma subsidiaria, en otras palabras, cuando no haya más remedio y no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y

¹⁴ *Ibid.* p.417.

procesales. Pues no se puede olvidar, que la personalidad jurídica, es una teoría que ha logrado grandes y eficaces éxitos para la expansión financiera y económica general y que el comercio internacional tiene su arquitecra en la misma¹⁵.

En el mismo sentido, el profesor español Francisco Sánchez Calero¹⁵ señala que la doctrina del levantamiento del velo societario debe ser aplicada "jurisprudencialmente y según casos y circunstancias", para de esa manera evitar "No sólo una inseguridad jurídica sino también privar de efectos al beneficio de la responsabilidad limitada vinculada al riesgo empresarial y que, en definitiva ha sido uno de los elementos que han contribuido al progreso económico".

En el caso de Argentina, antes de recibir consagración legislativa mediante el agregado de un último párrafo al artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica encontraba fundamento normativo en el artículo 2 de la misma norma que, según se sostenía, constituía un desarrollo normativo del derecho constitucional a asociarse con fines útiles, de tal manera que, en ausencia de dicha utilidad, cesaría también la razón por la cual el ordenamiento jurídico permitió al particular el uso del esquema societario.

Posteriormente, a partir de la promulgación de la ley 22.903, se ha consagrado en el derecho argentino, a nivel legislativo, la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, estableciendo a la letra lo siguiente:

"Inoponibilidad de la personalidad jurídica. 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 frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieran posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

De acuerdo con lo indicado por el jurista alemán Rolf Serick¹⁶, existen cinco supuestos en los cuales procedería aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario:

- 1) Cuando mediante la constitución de una corporación se burla una ley que prohíbe a determinada persona el ejercicio de una actividad o la celebración de ciertos negocios jurídicos;
- 2) Cuando un deudor pretende substraerse a una obligación contractual haciendo que una persona jurídica obre en su lugar;
- 3) Casos en que un deudor trate de salvar sus bienes de la acción de sus acreedores mediante la transmisión fraudulenta de su patrimonio a una persona jurídica a tales efectos constituida;
- 4) Casos en que se responsabiliza a la sociedad matriz por obligaciones asumidas por la sociedad filial a fin de evitar los abusos derivados de la completa dependencia;
- 5) Situaciones en que el *disregard* aparece justificado por la "justicia substancial" o la "buena fe".

III. TRATAMIENTO EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y POSIBILIDAD DE LEVANTAR EL VELO SOCIETARIO

Como hemos indicado en el punto anterior, el artículo 6 de la LGS establece que la sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción. El artículo 31 de la misma norma consagra el principio de limitación de responsa-

15 SÁNCHEZ CALERO, Francisco. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 15ª Edición. Editorial Civitas, Madrid, 1991. pp. 164 y ss.

16 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de Derecho por medio de la Persona Jurídica*. Editorial Ariel, Barcelona, 1958.

bilidad, señalando claramente que el patrimonio de la sociedad, y no el patrimonio de sus socios, responde por las obligaciones sociales.

La LGS no contempla, en ninguno de sus artículos, la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario o desconocimiento de la personalidad jurídica.

Cabe mencionar, sin embargo, el intento efectuado por la Comisión de Reforma del Código Civil¹⁷, que planteaba la consagración legislativa de la doctrina del levantamiento del velo societario, de la siguiente manera:

"Artículo 78.- La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros. Ninguno de ellos, ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquella ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta. Excepcionalmente, la distinción prevista en el primer párrafo queda desestimada en caso de uso abusivo o fraudulento de la estructura formal de la persona jurídica. En tal supuesto, son responsables los miembros que hayan utilizado tal estructura abusivamente o con fraude a la ley".

Sin embargo, el tema de la posible aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario si ha sido objeto de análisis en la doctrina peruana.

En efecto, el profesor Juan Espinoza Espinoza¹⁸ señala algunos de los supuestos bajo los cuales, en su opinión, nos podríamos hallar ante la posibilidad de desconocer la personalidad jurídica de una sociedad:

"El principio del abuso de la persona jurídica implica el desconocimiento de la categoría de persona jurídica o de una de sus facultades (la de responsabilidad limitada) en caso que, a través de la misma, se produzcan consecuencias no queridas por el derecho. Se establecen, de esta manera, los siguientes principios:

a. Existe abuso cuando, a través del instrumento de la persona jurídica, se tratan de evitar los alcances de la ley o de sustraerse a las obligaciones contractuales o de dañar fraudulentamente a terceros.

b. En caso de conflictos entre los socios minoritarios y mayoritarios o del administrador, que por medio de una persona jurídica, enteramente dominada por este, puede votar para desagaviarse a sí mismo, en caso de responsabilidad por el ejercicio de sus funciones.

c. También las normas basadas sobre los atributos, capacidad o valores humanos pueden encontrar aplicación respecto a una persona jurídica, cuando no haya contradicción entre la finalidad de estas normas y la función de la persona jurídica.

d. Si a través de la forma de la persona jurídica se vela el hecho que las partes de un determinado negocio son, en realidad el mismo sujeto, es posible desconocer la autonomía subjetiva de la persona jurídica, cuando se debe aplicar una norma basada sobre la diferencia o identidad efectiva y no sobre la diferencia o identidad jurídico-formal de las partes en el negocio jurídico".

Por su parte, Daniel Echaiz Moreno¹⁹ señala que, para aplicar la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica a los grupos de sociedades, deben concurrir los siguientes presupuestos:

● Situación de Control de la Sociedad, que implica la existencia de dos partes: el sujeto dominante y la empresa o empresas dominadas. Es decir, debe haber una dominación in-

terveniente.

17 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Apuntes sobre el abuso de la personalidad jurídica*. En: Revista **ADVOCATUS** 4: Lima, 2001, p. 73.

18 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Cuarta Edición. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2004.

19 ECHAIZ MORENO, Daniel. *¿Cuándo procede el allanamiento de la personalidad jurídica?*. En: Revista Peruana de Jurisprudencia N.º 33. Lima, Noviembre de 2003. pp. 31 y ss.

tensa y duradera ejercida por un sujeto sobre una empresa que genera, para el primero, el control y, para la segunda, la dependencia.

- Situación que cause perjuicio a terceros o fraude a la ley.
- Respeto del Principio de Subsidiariedad: Este implica que la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica debe aplicarse como última ratio, es decir, cuando el problema no pueda ser resuelto mediante el empleo de otros mecanismos que el propio Derecho franquee. En opinión de Echalz, que compartimos, el allanamiento de la personalidad jurídica debería ser siempre una solución secundaria, residual o supletoria, pero jamás la primera solución.

Asimismo, el doctor Oswaldo Hundskopf Exebio señala lo siguiente:

"(...) el allanamiento de la personalidad jurídica nos plantea un ejemplo más del conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica. Ciertamente, el hecho de desconocer la utilización de una persona jurídica como mera instrumentalidad o herramienta de sus miembros, para ejecutar actos abusivos o defraudadores en contra de acreedores o terceros, contravendría abiertamente el primero de tales principios, resultando exclusivamente formal la aplicación de las normas generales de separación de patrimonios y límites de responsabilidad".²⁰

En cuanto a las críticas que un sector de la doctrina efectúa frente a la posible aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, basadas en consideraciones de seguridad jurídica, el doctor Alfredo Bullard Gonzales²¹ indica que:

"Todos los males atribuibles a la doctrina del 'levantamiento del velo' se vinculan a constituir una excepción a un principio de derecho positivo: la responsabilidad limitada de las sociedades. Así, puede resultar que quien, confiando en la ley, invierte como accionista en una empresa, amparándose en que no podrá ser hecho personalmente responsable por las obligaciones de ésta, resulte obligado por una doctrina que contradice el principio de la responsabilidad limitada. Es la desconfianza e incertidumbre que ello podría generar lo que se busca eliminar y ello nos conduce a la necesidad de establecer criterios lo más objetivos posibles para buscar seguridad".

En nuestra opinión, que expondremos en detalle en los siguientes puntos del presente artículo, es posible aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario en el derecho peruano, siempre que nos encontremos ante un caso de abuso de derecho o fraude a la personalidad jurídica (entendida esta última como una variante del fraude a la ley), respecto del cual el ordenamiento jurídico no ofrezca una solución. En tal sentido, coincidimos con quienes afirman que esta doctrina debe aplicarse únicamente de manera subsidiaria y como "última ratio".

A continuación analizaremos las figuras del abuso del derecho y el fraude a la persona jurídica, como posibilidades de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario en el Perú.

IV. ABUSO DEL DERECHO

El origen de la figura del "abuso del derecho" se remonta hasta el derecho romano. A modo de ejemplo, citamos un pasaje de Gayo en donde se enuncia que *"Male enim nostro iure uti non debemus"*; es decir, "no tenemos que usar mal de nuestro derecho".

20 HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Las personas jurídicas con fin económico*. En: *Revista Jurídica del Perú*. N.º 24, Trujillo, 2000.

21 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *¿Cómo vestir a un santo sin desvestir a otro? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes*. En: *Themis, Revista de Derecho*. N.º 33, 1996, p. 173

En el caso peruano, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil establece que la ley no ampara el abuso del derecho.

En Derecho Comparado, tenemos que en el Título Preliminar del Código Civil Español²², en su artículo VII, se incorpora al abuso del derecho de la siguiente manera:

"1) Los derechos deberán ejercitarse conforme las exigencias de la buena fe. 2) La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por una intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Asimismo, en el proyecto de reforma del Código Civil Francés²³, se busca incorporar esta institución, en la forma siguiente:

"Todo acto o hecho que manifiestamente exceda en la intención del autor, por el objeto o por las circunstancias en las cuales se cumple, el ejercicio normal de un derecho no está protegido por la ley y provoca eventualmente la responsabilidad de su autor".

A nivel general, la doctrina se ha preocupado por delimitar el concepto y características de la figura del abuso del derecho.

Así, Rescigno²⁴ señala que:

"La doctrina del abuso del derecho es la historia de los intentos de reaccionar y su-

perar esta que podría llamarse la progresiva deshumanización de la relación jurídica anunciada ya por la definición del derecho como libertad de actuar con efectos sobre la esfera jurídica ajena y de la relación jurídica como medida abstracta de poder y de deber".

Por su parte, Fernández Sessarego²⁵ define al abuso del derecho de la siguiente manera:

"La expresión "abuso" técnicamente supone ejercer un derecho subjetivo de manera ilícita destinado a causar un daño a un interés existencial o derecho natural de otro y otros sujetos de derecho no expresamente protegidos por norma jurídica expresa dentro de un determinado ordenamiento jurídico nacional.

El abuso en el ejercicio de un derecho subjetivo no apunta o se dirige a lesionar "otro" derecho subjetivo sino a un interés existencial o derecho natural cuya protección no ha sido aun prevista en una norma jurídica expresa".

En el mismo sentido, León Barandiarán²⁶ señala que:

"Se incurre en abuso de derecho cuando, en el ejercicio de tal derecho, el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho".

Asimismo, se debe considerar que, para la aplicación de esta institución jurídica, la doctrina y

22 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003. p. 84.

23 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. cit., p. 81.

24 *Ibid.*, p. 73.

25 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. Cit., p. 55.

26 Citado por: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. cit., p. 90.

la jurisprudencia han establecido ciertos criterios. En efecto, Espinoza Espinoza²⁷ indica:

"La doctrina nacional se ha preocupado por delimitar la noción del abuso de derecho y por proporcionar los siguientes elementos de juicio:

- a) tiene como punto de partida una situación jurídica subjetiva;*
- b) se transgrede un deber jurídico genérico (buena fe, buenas costumbres, inspiradas en el valor solidaridad);*
- c) es un acto ilícito sui generis;*
- d) se agravan intereses patrimoniales ajenos y no tutelados por una norma jurídica específica;*
- e) ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular;*
- f) no es necesario que se verifique el daño;*
- y*
- g) su tratamiento no debe corresponder a la responsabilidad civil sino a la Teoría General del Derecho".*

Por su parte, Monroy Cabra²⁸, citado por Espinoza Espinoza, establece que:

"Podemos enumerar los siguientes elementos de la teoría del abuso del derecho:

- 1) Uso de un derecho objetiva y externamente legal;*
- 2) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. De lo contrario, se presentaría un conflicto de derechos y otra figura semejante;*
- 3) Existencia de un daño inmaterial o antisocial. Esta inmoralidad o antisocialidad del daño se manifiesta en forma subjetiva o en forma objetiva. El abuso del derecho implica la realización de un acto conforme a ley, pero que causa daño a otro atentado contra la juridicidad".*

Ahora bien, dentro de la teoría general del abuso del derecho, la doctrina ha desarrollado una especie denominada "abuso de la personalidad jurídica", siendo el caso que distintos autores se han preocupado por delimitar su concepto y características.

En el caso peruano, el inciso 13) del Artículo 2 de la Constitución Política del Estado consagra, entre los derechos de la persona, el de asociarse con fines lícitos. En el caso de las sociedades, este derecho de asociación es complementado con lo dispuesto por el artículo 78 del Código Civil, según el cual la persona jurídica es distinta de sus miembros, por lo que ninguno de estos es propietario o asume las deudas contraídas por la persona jurídica.

Como señala Fernández Sessarego²⁹, comentando el artículo 78 del Código Civil:

"El artículo en referencia consagra la reducción a una unidad ideal de lo que en la realidad es una pluralidad de personas que vivencian valores. Pero, esta unidad ideal es una fórmula técnico-jurídica destinada a facilitar el que las organizaciones de personas actúen con agilidad en la vida negocial. Esta creación formal del ordenamiento jurídico consistente en un centro ideal y unitario de referencias normativas, que surge en el momento de la inscripción de la persona jurídica en un registro público, tiene como finalidad el que los derechos y los deberes contraídos por la organización de personas no se atribuyan a cada uno o a todos los miembros de la persona jurídica sino a dicho centro ideal, al que se identifica con una expresión lingüística. Igual ocurre con la atribución de deberes jurídicos, los que también se imputan a dicho centro unitario ideal de referencias normativas. Este

27 *Ibid* p. 90.

28 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op.Cit.* p. 89

29 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Naturaleza tridimensional de la persona jurídica. Con especial referencia al derecho peruano.* En: *DIRÉ.* Artículo publicado en el Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. http://dike.pucp.edu.pe/biblioteca/autor_carlos_fernandez_casarego/articulos/ba_fs_12.PDF

hecho, como es evidente facilita, de modo superlativo, la actividad de las personas jurídicas. Esta es la función capital de este recurso formal de técnica jurídica, aparte de la consecuencia que imparta como es la limitación de la responsabilidad de los miembros de la persona jurídica”.

Sin embargo, existen casos en los que el derecho de asociación se ejerce de manera irregular, con el fin de evadir el cumplimiento de obligaciones o cometer fraude, desviándose así completamente de los fines para los cuales se consagra jurídicamente la personalidad jurídica.

El propio Fernández Sessarego³⁰, quien comenta la aplicación de la teoría del abuso de la personalidad jurídica en el Derecho de las Personas, señala que:

“El abuso de la personalidad jurídica es aquella situación o circunstancia en la cual una organización de personas o ciertas personas de ésta utilizan las ventajas que otorga la formalidad que se obtiene con la inscripción de dicha organización en el registro para obtener beneficios en su provecho o en el de terceros al margen de los propios intereses de la persona jurídica. Es decir, son los seres humanos integrantes de la organización los que emplean dichas ventajas en su favor o para cometer un fraude a la ley”.

En la misma línea, Cabanellas³¹ indica lo siguiente:

“Serick expone otra regla general en la materia: “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el

resultado contrario a derecho que se persigue. Existe abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar una ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros”.

Por su parte, Mispireta Gálvez³² define esta figura en la forma siguiente:

“Sin embargo, ya hemos visto antes que cuando un derecho subjetivo excede los límites que debe imponer una situación jurídica subjetiva: esto es, cuando se vulneran intereses que son ajenos al titular de un derecho subjetivo, se ingresa en el campo de lo ilícito. De esta forma, cuando se habla del ejercicio abusivo del derecho a través de la persona colectiva, podemos señalar que de manera inmediata son los asociados quienes abusan del derecho de asociación que les ha otorgado el ordenamiento positivo de manera expresa, así como de las reglas que son aplicables para el ejercicio de este derecho”.

Asimismo, hay quienes diferencian dos tipos de configuración del abuso de la personalidad jurídica, como el ya mencionado Juan Espinoza Espinoza³³, quien señala:

“Del género abuso de derecho surgen una serie de especies. Dentro de la que conocemos como el abuso de la personalidad colectiva están: el abuso de la forma jurídica y el abuso de la responsabilidad limitada. En el caso del abuso de la forma jurídica, por ejemplo, la simulación absoluta de asociación, el remedio es la desestimación de la personalidad jurídica o colectiva, o sea, se allana a la persona colectiva, descanocién-

30 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. Cit., p. 57.

31 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *La Personalidad Jurídica Societaria*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 73.

32 MISPIRETA GALVEZ, Carlos Alberto. *El aplanamiento de la Personalidad Jurídica o Levantamiento del Velo Societario*. En: *Tratado de Derecho Mercantil*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 65.

33 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit.

dola como tal. Este allanamiento puede ser total, es decir erga omnes, o parcial, cuando es inter partes.

En la hipótesis del abuso de la responsabilidad limitada, no se desconoce la categoría de sujeto de derecho a la persona colectiva, sino que se suprime uno de sus privilegios que, justamente es la limitación de la responsabilidad de sus componentes³⁴.

V. FRAUDE A LA PERSONA JURÍDICA

Para desarrollar este punto, creemos conveniente explicar primero la noción de fraude a la ley, para luego proceder a tratar el tema del fraude a la persona jurídica, ya que, como veremos más adelante, entre ambas existe una relación género – especie.

El doctor Anibal Torres Vásquez³⁴ define el fraude a la ley como sigue:

"Por el fraude a la ley se evade la aplicación de una ley (ley defraudada) amparándose en otra ley (ley de cobertura), que solo de modo aparente protege el acto realizado, caso en el cual debe aplicarse la ley que se ha tratado de eludir o, si ello no es posible, anular el acto, independientemente de que con este se haya o no causado daño."

Asimismo, Carhuatocto Sandoval³⁵, menciona:

"El fraude a la ley, se configura cuando se intenta amparar un resultado contrario a una norma imperativa o de orden público (norma defraudada), apelando a otra, de marco general (norma de cobertura), con la cual se intenta burlar o eludir la primera. Frente a esta conducta ilícita, el derecho reacciona aplicando la norma imperativa

o de orden público que se intento eludir. Por tanto, la sanción será la invalidez del acto jurídico en fraude a la ley. Sin embargo, ello no excluye ciertas consecuencias anulatorias en determinados casos."

El mismo autor profundiza sobre la misma institución, refiriéndose a una de sus "sub-especies"; es decir, al fraude a la persona jurídica³⁶:

"Con respecto a la utilización fraudulenta de la persona jurídica, se trata de casos de utilización de la forma societaria, como norma de cobertura, para eludir la aplicación de otra norma, la adecuada al caso, consiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico, esto es, antijurídico o ilícito."

Es importante anotar, entonces, que no basta que se demuestre la existencia de un grupo de sociedades, de control o infrapatrimonialización, sino que a él se debe sumar el factor: "actuación fraudulenta". Como se deduce, esta es una cláusula donde cabe incluir circunstancias y supuestos heterogéneos, esto es, supuestos distintos a la confusión patrimonial o esferas de control desviado o de infracapitalización, pues se incluyen todos los casos en que se utilice la persona jurídica para eludir el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales."

En cuanto a la posibilidad de aplicar la teoría del levantamiento del velo societario con la finalidad de determinar si corresponde o no incorporar a un proceso arbitral a una sociedad que no suscribió el convenio arbitral, el doctor Fernando De Trazegnies Granda³⁷ señala lo siguiente:

34 TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Acto Jurídico*. Segunda Edición. Idemsa, Lima-Perú, 2001. P. 573.

35 CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *La Utilización Fraudulenta de la Persona Jurídica*. Jurista Editores, Lima-Perú, 2005. p. 105.

36 *Ibid.* p. 110.

37 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El rasgado del velo societario, dentro del arbitraje*. En: *Aus et Veritas Revista de Derecho* Nº. 29, p. 12.

"Por consiguiente, extender el arbitraje a no signatarios vinculados al grupo económico y que han participado posteriormente en el negocio y además han obtenido ventajas con detrimento de los demandantes parece ser, más bien, un ajustarse sanamente a la verdadera intención de las partes. Siendo el convenio arbitral un contrato, la primera regla de interpretación es la prevista en el artículo 1362 del Código Civil, ceñirse a la buena fe y común intención. Lo más importante es la intención, que es el núcleo de lo expresado en el contrato; la buena fe es una forma de evaluar la existencia y el sentido de esa intención de acuerdo a la voluntad real de los contratantes.

Por tanto, es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, que justifica el rasgado del velo societario. Dentro de ese orden de ideas, una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretende razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta con el objeto de confundir a la parte demandante o de colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora frente a esa demandante en materia de la identidad o del status de la obligada por la operación que es materia de la controversia. Y, aun cuando tal conducta no fuera propiamente fraudulenta, se debe proceder a integrar el arbitraje con las partes no suscriptoras cuando el Tribunal considere la posibilidad de que pueda haber un abuso del derecho sobre la base de enmascararse con el velo societario".

La experiencia jurídica nos demuestra que los supuestos en los cuales podría configurarse la figura del fraude a la ley, aplicada a personas jurídicas, serían:

1. Las defraudaciones fiscales a través de los miembros de un grupo de sociedades.
2. La utilización de la responsabilidad limitada de la sociedad unipersonal con fines ilícitos.
3. La fragmentación irregular de la responsabilidad civil de las empresas.

4. La constitución de una sociedad para burlar los derechos expectativas de los legitimarios o un cónyuge.
5. En el ámbito laboral, con la finalidad de eludir el pago de los beneficios sociales u otras obligaciones.

VI. EXISTENCIA DE CASUÍSTICA EN EL PERÚ

Como hemos mencionado anteriormente, la doctrina del levantamiento del velo societario no se encuentra regulada expresamente en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, y tal como sucede en otros países, resulta posible su aplicación en la jurisprudencia, especialmente en casos de abuso de derecho y fraude a la ley, aunque en mi opinión, coincidente con la doctrina más autorizada sobre la materia, la aplicación de esta doctrina implica el desconocimiento de la personalidad jurídica, que es uno de los pilares del Derecho de las Personas y, específicamente, del Derecho de Sociedades, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica. Por tal razón, los jueces deben ser sumamente restrictivos en su aplicación, y hacerlo sólo como "ultima ratio"; es decir, cuando el ordenamiento jurídico no provea ninguna otra solución para el caso concreto; y, la no aplicación del levantamiento del velo societario conlleve a un resultado claramente antijurídico.

En tal sentido, existe jurisprudencia en el ámbito laboral peruano (de carácter tuitivo hacia el trabajador), en la cual se ha fallado a favor del desconocimiento de la personalidad jurídica. Los fundamentos usados en estos casos fueron básicamente los siguientes:

1. Principio de la Primacía de la Realidad.
2. Vinculación económica entre los empleados.
3. Persecutoriedad de los derechos laborales.

Algunos casos en los cuales se aplicaron estos criterios para afianzar la personalidad jurídica de las empresas empleadoras son los siguientes:

1. Tomas Zapata Toledo contra "Viuda de Piedra e hijos S.A." y "Agencias Lambayeque S.A.", sobre Beneficios Sociales.

2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia emitida el 3 de marzo de 1944, en la demanda promovida por el trabajador Alejandro Orihuela Meza contra "Cerro de Pasco Corporation" y la "Sociedad Minera Backus y Johnston del Perú", según la cual son acumulables los períodos de servicios prestados a la principal y a su subsidiaria, los que deben computarse como prestados a una sola entidad por existir vinculación económica entre ellas.

3. Sentencia de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República emitida el 6 de mayo de 2005, que declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la Asociación Real Club de Lima a fojas quinientos veinte, contra la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la apelada, dispuso que la Asociación Real Club de Lima, Hotel Country Club Sociedad Anónima y Choy Ko Oro Sociedad Anónima paguen al demandante, señor Benigno Sotero Carhuana Zagarra, la suma solicitada por este por concepto de beneficios sociales. Según la Sentencia, existe obligación solidaria entre dos empresas para asumir el pago de los beneficios sociales de los trabajadores tanto por la naturaleza persecutoria de los derechos laborales, señalada en el artículo tres del Decreto Legislativo N° 856, como por la existencia de la vinculación económica, si una de ellas es propietaria de las acciones y del inmueble en el que desarrollaba sus actividades la segunda.

Por otro lado, a nivel del ámbito de regulación de la Ley de Protección al Consumidor, la Sexta Fiscalía Provincial en lo Civil de Lima solicitó la declaración de nulidad de los actos de constitución, así como la disolución o liquidación de las asociaciones The Edge Social Club y The Piano Social Club. El Décimo Juzgado Civil de Lima, en resolución del 23 de enero de 2002, que posteriormente fue confirmada por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima el 3 de septiembre de 2003, amparó esta pretensión, basándose en que:

"no es necesario que exista norma de derecho positivo expresa para que los actos que contienen fraude a la ley sean invalidados, (...) por cuanto si bien tenemos que la asociación esta formalmente constituida, empero también lo es que sus actos atentan contra el orden publico o las buenas costumbres, constituyendo fraude ante la ley por el hecho que se usa una forma lícita para contravenir normas de orden publico (...)"

Asimismo, en el ámbito del Derecho Tributario, el Tribunal Fiscal ha aplicado en algunos casos el principio de primacía de la realidad, en los casos en que considera que el contribuyente manipula las formas y estructuras jurídicas para integrar excluirse del ámbito de aplicación de un tributo determinado.

Así, encontramos el caso de Sucursal del Perú de Bidas Exploraciones y Producción S.A., en el cual el Tribunal Fiscal consideró que a través de la persona jurídica se estaba realizando un fraude a la ley. Sin embargo, el Tribunal Fiscal no desconoció la forma de dicha persona jurídica, sino que la comprendió dentro de los alcances de la norma tributaria que, a su criterio, se estaba defraudando.

Finalmente, consideramos pertinente mencionar una importante resolución conocida como el "Caso Yanacocha", por la cual la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 3 de junio de 1998, declaró infundado el recurso de casación interpuesto por Compagnie Miniere International Or Sociedad Anónima (MINE OR), Societe D'Etudes de Recherches Et D'Exploitation Miniere (SEREM), actualmente La Source Miniere Sociedad Anónima (LA SOURCE) Bureau de Recherches Geologiques Et Minieres (BRGM), Normandy Poseidon Limited y Poseidon Gold Limited, contra la sentencia del 14 de febrero de 1997 que, confirmando la apelada del dos de septiembre de 1996, declara fundada la demanda y que los demandantes tienen el derecho a ejercer la preferencia para la adquisición de las acciones de Minera Yanacocha Sociedad Anónima de Propiedad de Bureau de Recherches Geologiques et Minieres (BRGM)

que aparecen registradas a nombre de su filial Mine Or Sociedad Anónima y que, por tanto, la transferencia provisional que con el carácter de medida cautelar se ordenó en el proceso de su propósito, se tenga por realizada con el carácter de definitiva, la aclara en el extremo que ordena que las demandantes, conjuntamente, deben pagar a las demandadas la suma de 109'300,000 por el 24.7% de la participación accionaria que les corresponde en Minera Yanacocha Sociedad Anónima, debiendo entenderse que el pago del referido precio debía ser efectuado por Compañía Minera Condesa Sociedad Anónima y Newmont Second Capital Corporation en favor de Compagnie Minière International Or Sociedad Anónima, en forma proporcional al número de acciones que cada una de ellas adquiriera respectivamente, del porcentaje de acciones de Minera Yanacocha S.A. que posee Compagnie Minière International Or Sociedad Anónima y la confirma en lo demás que contiene. Entre sus considerandos, la Sentencia en Casación establece que: "Estando acreditado que Mine Or Sociedad Anónima es el socio nominal de Minera Yanacocha Sociedad Anónima, pero que el verdadero titular de las acciones es el Bureau de Recherches Géologiques et Minières no es necesario recurrir a la doctrina del levantamiento del velo societario para sostener que el derecho de preferencia existe ya que ha sido la propia empresa madre la que ha mostrado el objeto real de la operación; esto es, que quien pretendía vender era el

Bureau de Recherches Géologiques et Minières, en su propio nombre y en representación de sus filiales -entre éstas Mine Or Sociedad Anónima- todo lo cual ratifica que no se ha inaplicado el Artículo setentiocho del Código Sustantivo".

VII. CONCLUSIONES

1. La personalidad jurídica de las sociedades nace como una ficción legal que, al ser reconocida por una norma legal, se convierte en una realidad jurídica.
2. En el Derecho Peruano es posible aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, aunque considero que dicha aplicación debe efectuarse de manera subsidiaria y como última ratio, ya que de lo contrario se atentaría contra la seguridad jurídica, afectando los principios de Separación de la Personalidad Jurídica y Responsabilidad Limitada, que constituyen piedras angulares del Derecho de las Personas y del Derecho de Sociedades.
3. Tanto la figura del abuso del derecho (en su especie de "abuso de la personalidad jurídica") como la figura del fraude a la ley (en su especie de "fraude a la personalidad jurídica") pueden ser aplicadas en el Derecho Peruano y, eventualmente, conducir al levantamiento del velo societario, siempre que no exista otra solución disponible en el ordenamiento jurídico.