

Breve Itinerario Acerca de las Teorías Civiles de la Personalidad Jurídica. Su Impacto en el Common Law y en el Levantamiento del Velo Societario

Renzo E. Saavedra Velazco^{*}

"En este artículo el autor, partiendo de un contexto histórico preliminar, nos permite analizar el surgimiento de la personalidad jurídica, las teorías que la desarrollan y el concepto de la misma. Además desarrolla claramente el concepto de velo societario y su calificación jurídica. Finalmente expone un breve análisis en relación a la propuesta de reforma al Código Civil presentada en el 2006."

1. Premisa

No es desconocido para nadie la gran influencia que el Corporate Law anglosajón tiene sobre los especialistas nacionales. Es acaso una de aquellas áreas en las que se percibe con una pasmosa claridad el fenómeno de *Americanization* denunciado por los comparatistas¹. Aunque este no sea el lugar idóneo para exponer, siquiera sumariamente, las consecuencias que –para bien o para mal– tal forma de proceder generan para un sistema jurídico como el peruano; sí me interesa subrayar que no siempre los países del Civil Law fueron importadores de teorías, discursos y figuras del Common Law.

Así, podría recordarse las etapas en las que el liderazgo intelectual en el campo jurídico residía en Europa continental². En tal período los dos grandes exponentes del Civil Law –aludo como es obvio a Alemania y a Francia– se afanaban en la construcción de un discurso técnico y que a su vez pudiese hacer frente a los innumerables conflictos de intereses que se presentaban día a día en toda sociedad. Naturalmente en dichas etapas la influencia europea se concretó en la recepción de varias de sus figuras y/o discursos, aunque con distinta fortuna, si es que no en el trasplante de metodologías o en la difusión de corrientes de pensamiento. Incluso, para no obviar una situación de la máxima relevancia, los académicos ingleses prestaron atención a sus pares alemanes y franceses con el objeto de recuperar la dignidad del estudio del Derecho como una materia

universitaria; y, algunos años más tarde, la refundación de las Facultades de Derecho norteamericanas fue obra de académicos europeos o por discípulos de estos³.

Tal vez alguno piense que intento menospreciar el mérito de los juristas anglosajones, lo que no solamente sería mezquino de mi parte, sino contradictorio con algunas investigaciones que he tenido la oportunidad de realizar en los últimos años. En realidad, mi intención es muy distinta; deseo que observemos como la cooperación entre los académicos de ambas familias jurídicas contribuye al desarrollo de nuestro campo de estudio y además fortalece el papel que desempeña el Derecho como sistema de protección o encausamiento de intereses. Me explico. El intercambio fluido de ideas, incluyendo propuestas de solución de conflictos, permitió que en aquellos casos concretos en los que la ortodoxia de un país no ofrecía tutela a los individuos se pudiese echar mano a normas, precedentes y/o figuras jurídicas existentes en otros países a fin de sopesar sus ventajas y elegir la alternativa con la que se alcanzaba una decisión justa que a su vez fuese consistente técnicamente o, por otro lado, por la que se evadía –a través de una adaptación⁴– las consecuencias perniciosas de la opción actual.

Hasta aquí he sido muy general y abstracto en la explicación, por ello será útil contrastar lo dicho con un ejemplo específico, el cual –por lo demás– es materia del presente ensayo. Así, la persona jurídica es claramente

^{*} Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de Personas en la Universidad Privada de Ciencias Aplicadas (UPC) y del Post título en Derecho Civil patrimonial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados. Miembro de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía – ALACDE.

¹ Sobre este fenómeno recomendamos la consulta de los trabajos de KAGAN, Robert A., *Globalization and legal change: The "Americanization" of European Law*, en *Regulation & Governance*, vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 99 y ss.; y, WIEGAND, Wolfgang, *Americanization of Law: Reception or convergence?*, en AA. VV., *Legal culture and the legal profession* edición a cargo de Lawrence M. Friedmann y Harry N. Scheiber, Westview Press, Colorado, 1996, pp. 137 y ss.

² Sobre el punto es interesante la lectura de los ensayos de MATTEI, Ugo, *Why the wind changed? Intellectual leadership in western law*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, núm. 1, 1994, pp. 195 y ss.; y, GORDLEY, James, *Comparative legal research: Its function in the development of harmonized law*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, núm. 4, 1995, pp. 555 y ss. (texto que cuenta con traducción al castellano realizada por Walter Vásquez Rebaza y Renzo E. Saavedra Velazco, la cual fue publicada en la edición 34 de la Revista *Derecho & Sociedad*).

³ Ambos son datos históricos que no pueden (ni deben) ser obviados. Sobre el impacto de la doctrina europea en el sistema estadounidense puede consultarse a RIESENFELD, Stefan, *The influence of German legal theory on American law: The heritage of Savigny and his disciples*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 37, núm. 1, 1989, pp. 1 y ss.; y, HOEFLICH, Michael H., *Savigny and his anglo-american disciples*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 37, núm. 1, 1989, pp. 17 y ss.

⁴ Esta es la sugerente idea propuesta en el ensayo de SACCO, Rodolfo, *Diversity and uniformity in the Law*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 171 y ss.

una herramienta empleada para satisfacer ciertos intereses que se perciben como socialmente dignos de tutela. Hoy –cuanto menos en términos gruesos– se tiene consenso en ello, empero: ¿siempre fue así? Es aquí donde se inserta nuestro estudio. La organización de personas asociadas para perseguir un interés común fue vista, inicialmente, desfavorablemente en Inglaterra; incluso aún cuando se permitía tal organización se optó por no reconocerle ningún efecto jurídico, causando ello que los sujetos organizados respondiesen individualmente por los hechos de la agrupación.

Ante tal circunstancia es fácil intuir los enormes problemas prácticos que se ocasionaron en la práctica comercial. Por esta situación, que preocupaba enormemente a los comerciantes de las islas británicas, era imperativo que el Derecho ofreciese alguna alternativa viable para superar la estrechez de los instrumentos jurídicos vigentes en esa época. La solución fue, como es por demás obvio, la noción de personalidad jurídica.

Lo interesante no es tanto la salida que se formuló sino que ésta proviniese del Civil Law. En efecto, como plantea sugerentemente Peter STEIN, “[l]a personalidad jurídica es un clásico ejemplo de la manera en la que el Derecho Inglés opera evitando la teoría tanto tiempo como sea posible y luego vira a la doctrina continental contemporánea cuando finalmente necesita una explicación teórica de las instituciones que ha desarrollado pragmáticamente”⁵. No puedo evitar reconocer que la afirmación del ilustre profesor de la Universidad de Cambridge tuvo en su momento un efecto reconfortante, en tanto que ella servía para confirmar una de aquellas ideas que con mayor frecuencia me asaltan, la cual condensaré así: la perenne necesidad de contar con un sólido sustento teórico para avalar las soluciones prácticas que se ofrecen, pues de lo contrario estas serían del todo arbitrarias y el Derecho, por definición, debe alejarse de tales razonamientos.

Intentaré explicar en las siguientes páginas como el razonamiento y las nociones que se gestaron en el Derecho Civil continental influyeron en el pensamiento de los juristas ingleses, además de circunstancias históricas que no es posible obviar; todo lo cual motivó la adopción de determinada explicación sobre la personalidad jurídica. Esta situación tuvo un impacto más que trascendente en el surgimiento y fundamentación de la teoría del levantamiento del velo societario en el sistema inglés, cuestión que considero no debe soslayarse si es que se desea obtener una cabal comprensión de ambas figuras puesto que ellas se encuentran íntimamente relacionadas.

El esfuerzo que procuraré desplegar tiene además un propósito adicional, mostrar que la teoría y la práctica son elementos indisolubles de cualquier propuesta

jurídica. No hace mucho recordé en otro lugar⁶ un aforismo latino que sentenciaba, acertadamente en mi opinión, que “Theoria sine praxis sicut currus sine axis, praxis sine theoria sicut caecus in via” (o, en otras palabras, la teoría sin la práctica es como un carro sin eje y la práctica sin la teoría es como un ciego en el camino). Hoy debo reafirmarme en esa idea.

2. Contexto Histórico-Jurídico del Debate Sobre la Personalidad Jurídica en Inglaterra

En primer lugar es menester subrayar que –en el campo aplicativo– la categoría persona jurídica no fue ignorada por los operadores jurídicos ingleses y que incluso se la puede rastrear antes del siglo XIX. Al respecto cabría recordar aquellas características que son subrayadas por William BLACKSTONE en sus Commentaries on the Law of England⁷, esto es: (i) sobrevivencia a sus miembros; (ii) capacidad para demandar y ser demandada; (iii) el derecho a ser titular de propiedades; (iv) la posesión de un sello común que permitía que la organización se obligase a sí misma al suscribir un contrato; y, (v) el poder para establecer reglas de conducta dirigidas al mejor gobierno de sus miembros⁸. Sin embargo, para que la persona jurídica (*legal entity, legal person o juristic person*) llegase a tener existencia se requería de un reconocimiento específico por parte del Estado (sea por el otorgamiento de una gracia de la Corona o del Parlamento).

Como es fácil de intuir, el trámite exigido para obtener tal reconocimiento era bastante costoso, por lo que sólo llegaron a constituirse un número reducido de “personas jurídicas”. La situación resultaba tan grave que muchas importantes agrupaciones de personas no llegaron a ser reconocidas como personas jurídicas hasta transcurridos algunos siglos, prueba de ello es la propia Bolsa de Valores de Londres, la cual operó por largo tiempo sin respaldo jurídico (o “unincorporated”) hasta que finalmente fue reconocida formalmente como persona jurídica.

Las dificultades prácticas que significaba dicha situación se encuentra fuera de cualquier discusión, toda vez que había que proveer de mecanismos jurídicos que permitiesen asegurar que la organización perviviese y que no se vea afectada por el deceso de sus miembros, sin que por ello se obvie el inconveniente de diferenciar el patrimonio del grupo del patrimonio de los individuos. Para ello los juristas ingleses echaron mano del *trust*, el cual se muestra como una auténtica navaja suiza dentro de la lógica del Common Law, en tanto que es empleada para la tutela o parar viabilizar los más variados intereses y objetivos. Así, el fideicomiso se usaba de la siguiente manera: el patrimonio estaba constituido por los aportes de los miembros, el cual se transfería a uno o varios fiduciarios quienes lo administraban en favor de aquellos (esto es, los fideicomisarios). De ese modo se logró que los miembros no fuesen los titulares del

5 STEIN, Peter, Nineteenth century English company law and theories of legal personality, en Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 11/12, Itinerari moderni della persona giuridica, tomo I, Giuffrè, Milán, 1982/1983, pp. 503 y ss., ivi p. 503.

6 Me refiero a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E., Sobre formantes, trasplantes e irritaciones: Apuntes acerca de las teorías del cambio jurídico y la comparación jurídica, en Cardozo Electronic Law Bulletin, vol. XVI, Turin, 2010, p. 35 (de la versión pdf), donde al hacer alusión a un trabajo del profesor Ugo Mattei me adscribo a aquella posición que sostiene que debe existir un equilibrio entre teoría y práctica. Esta circunstancia no es para nada innovadora pero ciertamente debe tenerse en mente a fin de poner un límite a las divagaciones teóricas en las que nos embarcamos.

7 Vol. I, 1765, pp. 475-476.

8 STEIN, Peter, op. cit., p. 503.

patrimonio del grupo, asegurando así su continuidad y a su vez se podía transferir a terceros los beneficios resultantes de la administración de tales bienes.

Empero, este esquema no ofrecía la suficiente flexibilidad ni daba explicación a aquella nueva estructura societaria cuyo advenimiento obligó no solamente a introducir cambios en el sistema inglés, sino que justificó el otorgamiento de personalidad jurídica. Me refiero a la *joint stock company* o sociedad anónima. La principal razón de esta dificultad se encontraba en que, como se sabe, en la sociedad anónima los miembros ostentan la titularidad de acciones que pueden transferirse a terceros, por lo que las mismas son representativas de una participación sobre el patrimonio de la persona jurídica, lo cual no sucedía con el esquema del *trust* apenas explicado. Si a ello se le agrega que dentro del esquema inglés únicamente se reconocían a las personas naturales y a las *corporations* (las cuales cumplían escrupulosamente los requisitos antes recordados), no era admisible una figura a la que se le reconociese personalidad jurídica, que tuviese responsabilidad limitada y que a su vez otorgase un valor mobiliario libremente transferible.

En el sistema inglés de la época se aceptaba al *partnership* que no era más que un tipo de acuerdo en que varios individuos se obligaban a cooperar para alcanzar un determinado fin y que por ende no les otorgaba ni responsabilidad limitada ni personalidad jurídica, además de encontrarse limitado el número de personas que podían suscribirlo. Como es obvio, para aquel sector involucrado en el comercio las ventajas de una figura como la sociedad anónima era de particular atractivo. Así se iniciaron los esfuerzos de tales personas por alcanzar el acogimiento de la figura o cuanto menos para obtener la limitación de responsabilidad.

Si hacemos un poco de historia encontraremos que en 1720 se promulgó la denominada Buble-Act en la que se declaraba como ilegal a aquellas empresas que intentaban o declaraban que sus participaciones eran transferibles. La ley se entiende en el contexto del fortísimo revés que sufrió la *South Sea Company*, precisamente una sociedad anónima británica, quien tenía el monopolio para el comercio con las colonias españolas en Sudamérica (correlativamente debía asumir las deudas que Inglaterra generó durante la Guerra de Sucesión Española) pero que por la especulación de sus acciones hundió en la quiebra a muchas personas. Tal fue el impacto de la situación que la ley no fue derogada hasta el año 1825, decisión política que no fue gratuita ya que el gran crecimiento de Inglaterra generó que los proyectos en ciernes no pudiesen ser financiados por inversionistas individuales, vale decir, sólo a partir de esa fecha se consideró lícito conformar sociedades anónimas. Sin embargo, a todos los efectos se la siguió tratando como un *partnership* o, en otras palabras, no se reconocía que había una entidad distinta a los individuos que conformaban la agrupación, por lo que,

por ejemplo, si uno de ellos deseaba disolverla tenía que demandar a todos los demás miembros.

Naturalmente esta situación ponía trabas a proyectos de envergadura, aunque también se percibía en negocios familiares en los que se requería difuminar riesgos, por lo que no debe causar sorpresa que en Inglaterra se volviese la vista a lo que sucedía en los países de Europa continental. En efecto, para los académicos y abogados ingleses que tenían familiaridad con los sistemas jurídicos alemán y francés, el asunto era tan aberrante que criticaron duramente su legislación⁹. No obstante a ello, en el año 1844 se emitió una Ley que ratificaba esta manera de regular las agrupaciones de personas; esto es, se permitía que los ciudadanos pudiesen dar vida a una sociedad anónima sin contar con la gracia de la Corona o del Parlamento inglés, pero no se otorgaba personalidad jurídica a dicha organización, la cual para todos los efectos legales vinculados a la asignación de responsabilidad seguía siendo un *partnership*.

Sin embargo, las críticas fueron ganando terreno al punto que la House of Commons (o Cámara de los Comunes) conformó un Comité en el año 1851 cuya labor se centró en analizar la conveniencia de introducir la limitación de responsabilidad a favor de los miembros de una agrupación de personas. Aquí participó, entre otras personalidades, el profesor PHILLIMORE, quien –como es de esperar– se mostró favorable a tal posibilidad, para ello citó las opiniones de juristas del Civil Law que le eran contemporáneos (básicamente aludía a los académicos franceses Raymond Théodore TROPONG, Jean Marie PARDESSUS y Robert Joseph POTHIER; aunque en otros puntos también recordaba las enseñanzas del alemán Christian Friedrich von GLÜCK). Curiosamente a pesar que el Comité consideraba que era deseable remover cualquier obstáculo que pudiese impedir que las clases trabajadoras inglesas se animen a participar en inversiones de manera conjunta con las clases más acomodadas (favoreciendo su autoestima y su compromiso con la propiedad y el orden); se mostró poco propenso a intervenir en dicha materia sin contar con mayor aval técnico. A tal efecto, lo que hizo el Comité fue recomendar el establecimiento de una Comisión de expertos que tendría la labor de analizar nuevamente la cuestión¹⁰.

Así se conformó una Comisión de especialistas en Derecho Mercantil que presentó una serie de preguntas que circularon tanto en Inglaterra como en Europa continental en las que se consultaba sobre la necesidad y los beneficios resultantes de un cambio en la regulación del *partnership*. No obstante que las respuestas del resto de países europeos fueron claramente a favor de la inclusión de la responsabilidad limitada, ello no bastó para generar un cambio en la legislación inglesa¹¹ pero sí motivó a que se considerase que, cuanto menos en ciertos casos, tal beneficio estaba plenamente justificado (los ejemplos que se arguyeron en su oportunidad estaban vinculados a las compañías de puertos, trenes y barcos).

9 Cfr. PHILLIMORE, John George, *Principles and maxims of jurisprudence*, J. W. Parker, Londres, 1859, pp. 190-194, el libro ha sido re-publicado en los Estados Unidos de América en el 2007 por The Law Book Exchange Ltd., New Jersey.

10 STEIN, Peter, op. cit., p. 507.

11 HOEFLICH, Michael H., John Austin and Joseph Story: Two nineteenth century perspectives of the utility of the Civil Law for the common lawyer, en *American Journal of Legal History*, vol. 29, núm. 1, 1985, pp. 36 y ss.

La cautela de los juristas ingleses no pudo contra el clamor de los comerciantes, por ello en el año 1855 se promulgó una Ley que permitía que una organización conformada por siete personas pudiese generar por sí misma, y siguiendo con los procedimientos de la Ley de 1844, una compañía que tuviese responsabilidad limitada. Paralelamente, se prohibía expresamente que los *partnerships* pudiesen estar conformados por más de veinte personas. El resultado que se observó en la realidad no pudo más que revelar la necesidad de tal modificación legislativa: en los diez años siguientes se crearon más de seis mil compañías con responsabilidad limitada.

Llegados a este punto podría pensarse que la participación de los académicos de Europa continental en esta importantísima materia fue bastante puntual y más bien como consultores, lo cual quedaría confirmado por la manera en que procedió la Comisión de especialistas en Derecho Mercantil; empero, ello no es del todo correcto. Aquí es necesario subrayar que años antes, en específico en 1846, la Cámara de los Comunes decidió que se estableciera un Comité para analizar todo lo vinculado a la educación jurídica inglesa, cuya conclusión fue durísima: “ninguna educación legal, que merezca tal denominación, existía en Inglaterra”¹². Ello sucedió dado que los abogados aprendían directamente su oficio al relacionarse con quienes ejercían la profesión, sin mencionar que en las universidades inglesas no existían cursos dedicados a los aspectos científicos y filosóficos del Derecho.

La solución como se puede imaginar provino de Europa continental y si se desea mayor precisión habría que reconocer que la influencia germana resulta incuestionable. Uno de los más importantes exponentes de la doctrina jurídica inglesa de la época fue John AUSTIN –a la sazón discípulo de Jeremy BENTHAM– quien no sólo fue el primer profesor de Jurisprudencia de la Universidad de Londres sino que además estudió en la Universidad de Bonn, por lo que estuvo muy expuesto a los discursos sistemáticos de los primeros pandectistas. En este orden de ideas, su libro “Province of Jurisprudence” fue poco valorado en un inicio pero luego, con el advenimiento de la reforma del sistema educativo inglés, este fue colocado en el sitio que le correspondía.

Ahora, ¿por qué recordar a AUSTIN? La respuesta es simple, porque fue quien introdujo la noción “legal person” al sistema jurídico inglés como traducción de “juristische person”. Así, AUSTIN concebía a este ente como una herramienta que permitía simplificar el discurso, al ser un titular reflejo de aquellos derechos que correspondían a los individuos que conformaban la organización. El primer paso en el reconocimiento de la personalidad jurídica se había dado.

El siguiente paso lo realizó otro alumno inglés de la Universidad de Bonn, me refiero a Nathaniel LINDLEY, quien tradujo en 1855 la parte general del System des Pandektenrecht de THIBAUT en donde se hablaba de “moral person”. Por su parte, en 1860 publicó su explicación acerca de que las corporations eran personas ficticias que tenían capacidad para adquirir tanto derechos como obligaciones con vistas a la consecución del objetivo que motivó su creación¹³, siendo por lo tanto una entidad distinta a sus miembros, todo lo cual servía para diferenciarla de los *partnerships*¹⁴.

En este contexto, cuando irrumpió la sociedad anónima y comenzaron a suscitarse los casos en los que intervenía esta entidad, los jueces ingleses debían encontrar fundamento o explicación que sustentase sus decisiones. Para ello hicieron lo que sucedía en toda Europa continental cuando se suscitaban determinados problemas jurídicos, prestaron atención a los desarrollos alemanes y más precisamente se fijaron en Friedrich Karl von SAVIGNY. Esto se ve con especial claridad en las obras de Sir Frederick POLLOCK quien en ciertos momentos se adscribió a la teoría de la ficción. Todo esto será materia de análisis a continuación.

3. Las Teorías sobre la Personalidad Jurídica en el Civil Law y en el Common Law

Como es fácil de intuir afrontar una discusión de la envergadura que anuncia el título del presente acápite podría motivar que me extienda demasiado en los detalles y pierda de vista el objetivo del ensayo. Así que con ánimo de evadir dicho riesgo prefiero exponer directamente el quid de la discusión, vale decir, la justificación de por qué una persona jurídica resulta ser un centro de imputación autónomo de situaciones jurídicas subjetivas y para ello me detendré un momento en algunas de las diversas teorías que se han propuesto.

Sin perjuicio del innegable componente conceptual del asunto a tratar¹⁵, pienso que su esclarecimiento se logrará únicamente si es que previamente se admite que todo el discurso acerca de la personalidad jurídica de la organización de personas (esto es, el reconocimiento de su calidad de “sujeto de derechos”) se encuentra inspirado en motivaciones esencialmente prácticas¹⁶. Esto no podría ser de otra manera, toda vez que – como recordó el profesor Leysser León en un reciente evento¹⁷– el estudioso del Derecho no debe olvidarse de las problemáticas que deben inspirar sus construcciones y el sentido de los debates que emprenda.

Tal como sucedió en la Inglaterra del siglo XIX, se puede afirmar que en general existen situaciones en las cuales las personas naturales no están en la capacidad de

12 STEIN, Peter, op. cit., p. 509; y, HOEFLICH, Michael H., Savigny and his anglo-american disciples, cit., pp. 17 pp. 31-33.

13 Para una breve exposición sobre las razones esgrimidas en los Estados Unidos para la regulación de un ente como la persona jurídica, así como de sus objeciones, puede consultarse el trabajo de CRANE, Judson A., The uniform partnership act and legal persons, en Harvard Law Review, vol. 29, núm. 8, 1916, pp. 838 y ss.

14 STEIN, Peter, op. cit., p. 510.

15 Aspectos que han sido abordados incluso incidentalmente en la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional por lo que nos parece interesante la consulta de las sentencias recaídas en los Expedientes No. 04037-2008-PA/TC, 00291-2007-PA/TC y 03132-2008-PA/TC.

16 PINTORE, Anna, Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico, en Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 11/12, Itinerari moderni della persona giuridica, tomo II, Giuffrè, Milán, 1982/1983, pp. 721 y ss., ivi p. 732.

17 Me refiero al evento denominado “Americanization del ordenamiento jurídico peruano” organizado por la Asociación Pro Lure en el Auditorio José León Barandiarán de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos el 14 y 15 de enero de 2010. La afirmación aludida se realizó el primer día del evento en la mesa de debates conformada por Walker Villanueva, Rómulo Morales, Leysser León y quien escribe estas líneas.

prestar –a título personal o conjuntamente (por ejemplo, en las obligaciones pluri-subjetivas)– cierto servicio o acometer determinado proyecto debido a la magnitud o complejidad de la tarea (por razones de financiamiento, especialización técnica, economía de escala, etc.). Incluso superando estos inconvenientes la alternativa a la mano no es muy atractiva: suscribir tantos contratos como individuos involucrados en el proyecto (o un único pero complejísimo contrato) a fin de regular las diversas relaciones jurídicas (externas e internas) y técnicas que se encuentran en su base (convirtiéndose en contratos coligados). Como corolario de lo anterior, hay un asunto de fondo adicional: el problema de la diversificación.

“(...) cuando se concede la personalidad jurídica a un conjunto organizado de individuos lo que en verdad se desea es beneficiar a los miembros de la entidad que se crea”.

En efecto, dada la inexistencia de una persona jurídica autónoma que individualmente se obligue, que ostente derechos o a la que se le asigne responsabilidad, los particulares que conforman la organización se concentrarán primero en superar el proyecto en vía de ejecución antes de asumir cualquier otro encargo, toda vez que se encuentran personal e ilimitadamente atados a su éxito o fracaso. Esta situación impedirá que estos sujetos asuman compromisos en paralelo, pues al ampliar su margen de acción reducirán correlativamente el nivel de cuidado en cada proyecto y por ende se incrementará las probabilidades de incumplimiento. Ante ello, la mayoría de personas, que tenemos aversión al riesgo, limitaremos nuestra actividad a pocos proyectos, encareciendo los mismos y ralentizando el intercambio de bienes o servicios; por su parte, si los sujetos son tomadores de riesgo no se estará necesariamente mejor puesto que al aceptarse más proyectos de lo que un individuo puede asumir los contratos se incumplirán en un número mayor de situaciones y se incremente la pérdida social neta.

Al subrayar tal circunstancia creo que se percibe un asunto medular: cuando se concede la personalidad jurídica a un conjunto organizado de individuos lo que en verdad se desea es beneficiar a los miembros de la entidad que se “crea”¹⁸. El beneficio, sin embargo, no es tanto la admisibilidad de la asunción de derechos por parte de la persona jurídica que se crea; en la realidad el beneficio se encuentra más ligado con la atribución de responsabilidades y deberes en su contra. Si pensamos someramente en esta afirmación resulta muy atractiva ya que, en general, se observa que para los miembros de una agrupación puede ser irrelevante que se los designe directamente o a una entidad diversa (pero conformada por ellos mismos) como los beneficiarios de cierto

derecho subjetivo (imaginemos un crédito); empero, a tales sujetos no les resultará inocuo conocer si cuando se determina la responsabilidad frente a un específico evento se les hará asumir el coste económico del daño de manera individual o si, en cambio, la responsabilidad será asignada a una entidad diversa sobre la que tienen una participación pero que se encuentra limitada jurídica y económicamente (siempre que se asuma que no existen otras normas jurídicas que afecten la interposición de un tercero como, por ejemplo, la teoría del levantamiento del velo societario).

Para comprender la razón de ello imaginemos el siguiente escenario: una agrupación de obreros de construcción prestan de manera conjunta sus servicios para la edificación de cierto complejo habitacional. Digamos luego que en la ejecución de tal encargo uno de los obreros no tiene el cuidado necesario y deja caer una bolsa de cemento desde el cuarto piso de una de las construcciones y esta daña gravemente al supervisor de obra; la situación apenas descrita se produjo no sólo por su negligencia sino por su intento de cumplir el cronograma de ejecución ya que estaban atrasados. En tal contexto no es irrelevante si se asigna responsabilidad a título individual al obrero que dejó caer la bolsa de cemento o si se sanciona al conjunto de ellos, así tampoco es irrelevante si se considera que el conjunto de obreros es una persona jurídica. En las dos primeras alternativas, el obrero y/o el conjunto de ellos responderán ilimitadamente con su patrimonio por los daños causados, esto es, sus patrimonios personales estarán sujetos a la ejecución coactiva del acreedor; mientras que si se reconoce la existencia de una persona jurídica, el/los obrero(s) responderán sólo hasta el límite de su aporte, por lo que se aplicaría la limitación de responsabilidad. Deseo resaltar, por si fuese necesario, que no estoy afirmando que los miembros de una persona jurídica no responderán nunca por las deudas de esta (pues podría darse el caso de una autonomía patrimonial imperfecta), lo único que sostengo es que aceptar la existencia de una entidad distinta (quien resultará ser la verdadera deudora) es un cambio sustancial a favor de los miembros respecto de lo que acaecía en la situación inicial (es decir, cuando no existía el “intermediario”¹⁹).

Ahora bien, las diversas teorías civiles²⁰ que se han planteado a lo largo de los años para explicar los contornos de la “persona jurídica” tienen muchas orientaciones desde un punto de vista teórico-jurídico o político-social. Empero, no es el objetivo del presente estudio el que se aborden al detalle todas estas teorías, en realidad estas solamente se comentarán brevemente y en tanto contribuyan a resaltar lo que verdaderamente importa: el impacto de tales nociones en las justificaciones y procedimientos empleados en el Common Law para el levantamiento del velo societario.

En atención a lo antes expresado recordaremos tres (3) teorías, a saber:

18 Al respect consúltense MACHEN, Arthur W., *Corporate personality*, en *Harvard Law Review*, vol. 24, núm. 4, 1911, p. 265.

19 BOLDÓ RODA, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, 4ª. edición revisada, actualizada y puesta al día, Arazandi, Navarra, 2006, pág. 38.

20 Me refiero a las teorías sobre la personalidad jurídica que se propusieron en el Civil Law.

- (i) En primer lugar habría que recordar la teoría de la ficción, la cual se encuentra muy ligada al nombre de Friedrich Karl von SAVIGNY²¹ tanto por ser quien la denominó, como por el rol que desempeñó en su difusión. Pese al importante rol desarrollado por el líder de la escuela histórica, hay que aceptar que la propuesta abanderada por la teoría de la ficción se encontraba en las ideas del Papa Inocencio IV²², quien la expuso respecto de los colegios pontificios. No obstante la precisión histórica, se puede graficar la teoría siguiendo a SAVIGNY y decir que la misma se condensa en constatar que quienes verdaderamente son los centros de imputación de derechos y deberes son las personas naturales, toda vez que son quienes ostentan voluntad.

Sin perjuicio de ello, el Derecho puede modificar la realidad con el objeto de limitar la actuación de la persona o, por el contrario, para ampliarla. En el primer caso se materializaría por medio de la asignación del carácter de persona a ciertos grupos o individuos, e incluso a través de la noción de capacidad (aspecto que es criticado ya que técnicamente son conceptos distintos). Por su parte, la posibilidad de ampliar el margen de actuación de una persona se concretaría si es que se crea, de modo artificial, una personalidad jurídica nueva y es precisamente esta creación a la que se le denominará “persona jurídica”.

En tal sentido, la personalidad jurídica no es inherente a la agrupación de personas, a diferencia de lo que sucede en el caso de la persona natural, sino que el Estado es quien se la concede; la ficción, por tanto, es de autoría estatal. En el caso Salomon se percibe con especial claridad²³, así como en la opinión de Sir Edward COKE en el caso Sutton's Hospital (1612), en ambos casos a pesar de los siglos de diferencia se discute lo mismo: ¿qué constituye a una persona jurídica como tal? y, por lo tanto, ¿qué es lo que le otorga autonomía existencial y autonomía patrimonial (perfecta)²⁴ respecto de sus integrantes? Ambos aspectos serán brevemente abordados en el siguiente acápite.

- (ii) En segundo lugar tendríamos la teoría de la realidad cuyo principal propulsor fue el también alemán Otto von GIERKE²⁵. De acuerdo con esta teoría la propia noción de persona jurídica intentaba reconocer aspectos fácticos incuestionables que no eran siquiera considerados por la teoría de la ficción: que

la agrupación tenía una vida autónoma, así como una voluntad autónoma y un particular interés propio. De este modo no podía afirmarse que el Derecho, tal como sostenía SAVIGNY, crease a un ser nuevo; en realidad la actuación del sistema jurídico se centraba en reconocer algo que pre-existía en la realidad social.

La vida de la persona jurídica se evidenciaba en la forma en que esta participaba en la sociedad comprometiéndose individualmente²⁶. Por su parte, su voluntad no sólo se traslucía en las decisiones y proyectos que emprendía, sino que su autonomía llegaba a tal punto que dicha voluntad podía contraponerse a la de los sujetos que la componen (un aspecto que en los últimos años ha suscitado un vivo interés de un sector de la doctrina, me refiero a los casos de abuso de las mayorías y minorías en los que se constata con claridad la independencia de los intereses sociales sobre los intereses de los accionistas). Asimismo, su interés particular la mueve, al igual que a los seres humanos, a la consecución de sus objetivos²⁷.

Esta idea tuvo acogida en el sistema inglés a través de Frederic William MAITLAND, quien luego de la lectura de la obra de GIERKE modificó su libro “History of English Law”, lo cual era reconocido expresamente por él²⁸. Décadas más tarde, entre 1915 y 1916, se presentó el caso Continental Tyre and Rubber Co., Ltd. vs. Daimler Co. Ltd., en donde se discutió la nacionalidad de una compañía constituida en Inglaterra pero cuyos accionistas eran alemanes, salvo en lo que atañía a una sola acción. Allí, el juez BUCKLEY, miembro de la Corte de Apelaciones, dio un voto en discordia en minoría en donde consideró que la compañía era alemana debido a sus accionistas, la idea que se movía detrás de ello era seguir la teoría de GIERKE.

- (iii) En tercer lugar me interesa recordar la teoría del patrimonio de afectación, la cual fue propuesta por el profesor alemán Alois BRINZ²⁹. De acuerdo a ello se afirmó, en total contraposición a lo sustentado en las teorías precedentes, que la discusión debía de ser reconducida³⁰ a identificar dos tipos de propiedad y ya no dos tipos de personas.

En este orden de ideas, se reduciría a la persona jurídica a una estructura por la que se ostenta un patrimonio, el cual se encuentra destinado a la consecución de cierto objetivo (Zweckvermögen).

21 SAVIGNY, Friedrich Karl von, Sistema del Derecho Romano Actual, 2ª. edición, vol. II, traducción por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro Ed. de Góngora, Madrid, s/f. §§ LXXXV-XC.

22 DEWEY, John, The historic background of corporate personality, en Yale Law Journal, vol. 45, núm. 6, 1926, p. 665.

23 Salomon vs. A. Salomon & Co. Ltd., 1897, AC 22.

24 TURCO, Claudio, Lezioni di diritto privato, Giuffrè, Milán, 2011, p. 114, quien sintéticamente afirma que “Con el término ‘autonomía patrimonial’ o ‘patrimonio autónomo’ se hace referencia a la circunstancia que el patrimonio del ente y las relaciones atinentes a este son distintos de las vicisitudes que conciernen al patrimonio y a las relaciones de las personas físicas que lo conforman... La autonomía patrimonial se dice perfecta cuando de las obligaciones del ente (por ejemplo, la contraprestación debida por la adquisición o el arrendamiento de un inmueble por razones inherentes a la actividad desarrollada) responde exclusivamente este último con su patrimonio y no responden los particulares que las hubieren asumido en nombre y por cuenta del ente”

25 De acuerdo a DEISER, George F., The juristic person. I, en University of Pennsylvania Law Review, vol. 57, núm. 3, 1908, pp. 137 y ss., habría sido George BESELER, maestro de GIERKE, quien formulase inicialmente los postulados de esta teoría.

26 DICEY, A. V., The combination laws as illustrating the relation between law and opinion in England during the nineteenth century, en Harvard Law Review, vol. 17, núm. 8, 1904, pp. 511 y ss., ivi p. 513.

27 FERRARA, Francesco, Teoría de las personas jurídicas, traducción del italiano de Eduardo Ovejero, Editorial Reus, Madrid, 1929, pp. 185 y ss.

28 STEIN, Peter, op. cit., p. 516.

29 ZOPPINI, Andrea, Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni, en Rivista di Diritto Civile, parte I, 2002, pp. 545 y ss.; y, MACHEN, Arthur W., op. cit., p. 256.

30 BIANCA, Mirzia, El principio de responsabilidad patrimonial y sus limitaciones, traducción de Leysser L. León, en Derecho PUC, núm. 58, Lima, 2005, pp. 187 y ss.

Así se reconoce que los bienes pertenecen a alguien o a algo distinto de sí mismo: el objetivo o fin. Cuando se destina o afecta un bien a la consecución de un fin se logra obtener tutela jurídica a condición de que dicho fin resulte trascendente³¹.

Por sorprendente que pudiese parecer, las teorías apenas mencionadas tienen acogida en las sentencias del Common Law, aunque ciertamente se presente más de manera implícita. Las razones de ello se han intentado exponer en el acápite precedente, vale decir, la necesidad de contar con una explicación teórica sólida para las soluciones que se habían sugerido en el campo práctico; así como la reforma en el sistema inglés de educación jurídica que procuró imitar parcialmente el modelo alemán. Así, no obstante el origen germano de estas teorías, en la doctrina y la jurisprudencia del Common Law se percibe una particular inclinación por la teoría de la ficción de SAVIGNY³² y, lo que es más interesante, se expone de modo recurrente al discutir sobre el levantamiento del velo societario.

4. Recordando y Trasplantando el Levantamiento del Velo Societario

Hay que recordar que en los países del Common Law existía una histórica división entre dos “tipos” de cortes de justicia, me refiero a las denominadas cortes de *equity* (o, si se quiere, de equidad) y las cortes de *common law*. Con el transcurso del tiempo esta diferencia ha ido desapareciendo al punto que las cortes de equidad se han fusionado³³ con las de *common law*, pero en determinadas áreas del Derecho así como en ciertos estados de la unión americana la misma aún persiste.

La diferencia medular entre las cortes de *equity* y las cortes de *common law* se centra en los procedimientos, los remedios y los intereses involucrados. A manera de ejemplo se puede recordar que las cortes de Derecho Concursal en los Estados Unidos son básicamente cortes de equidad. Esta diferencia puntual explica por qué el juez que resuelve una controversia en base a la *equity* puede llegar a conceder a un particular que solicita un tipo de tutela por parte del sistema jurídico remedios (o remedies) que difieren de los otorgados por un juez que hubiese conocido la misma controversia pero la hubiere resuelto según las reglas del *common law*. En ciertos casos, incluso, tal decisión podría conceder remedios que son del todo contrapuestos a los otorgados bajo *common law* ante una situación similar. Un ejemplo prototípico dentro del derecho contractual es el otorgamiento del remedio de la *specific performance* (o la ejecución forzada de la prestación incumplida) cuando el remedio regular bajo *common law* es el pago

de *damages* (o resarcimiento por los daños irrogados) a favor del acreedor³⁴, aunque hay que aclarar que con el proceso de fusión entre las cortes ahora el juez puede otorgar cualquiera de estos remedios (pero la diferencia de origen es aún resaltada).

El conocimiento de esta circunstancia tiene, en general, gran importancia para la cabal comprensión de los fenómenos jurídicos del Common Law y, en particular, para la aprehensión de los detalles involucrados en el levantamiento del velo. Ahora bien, se percibe ligeramente la trascendencia de esta afirmación cuando se subraya que un sector de la doctrina de los países del Civil Law pasa por el alto el hecho que la teoría del levantamiento del velo societario (o, si se quiere, el *piercing of the corporate veil*) se gestó en las cortes de equidad, por lo que la lógica implícita en los procedimientos y justificaciones que los operadores jurídicos brindan para esta teoría no son del todo semejantes a las doctrinas de las cortes que resuelven bajo *common law*. Esta situación histórica puntual explica por qué en los textos anglosajones se la denomina como un *equitable remedy*.

En efecto, cuando se la denomina de esta manera no es que se quiera resaltar que uno de los presupuestos para su otorgamiento sea la equidad³⁵, sino que lo que se destaca es su origen en las *courts of equity*. Ello, sin embargo, no significa que la “equidad” –en los términos de justicia aristotélicos– no sea aplicable; en realidad, desde su origen el sentido de las cortes de *equity* y el objetivo de sus remedios era cubrir (o suplir) los vacíos (o defectos) detectados en sus pares del *common law*, por lo que se consideraba que iba contra la consciencia mínima de justicia no dar ninguna respuesta jurídica frente a este tipo de casos.

Así, cuando se pasa por alto este pequeño pero trascendente relieve histórico es fácil que los académicos del Civil Law suelen, en no pocas ocasiones, intentar justificar el íntegro fenómeno del levantamiento del velo en atención a la idea de equidad, entendida como valor del sistema jurídico (precisamente por este motivo los *civil lawyers* suelen instar a los jueces o a los árbitros a que empleen la equidad para levantar el velo societario). No obstante ello, el levantamiento del velo como remedio que se deriva de las cortes de *equity* también incorpora dentro de sí un tufillo de justicia en concreto, lo cual permitiría el ingreso de la discusión sobre la equidad en el sentido apenas aludido aunque aún habría espacio para la precisión que se ha hecho. Asimismo, también debería evitarse que toda la justificación al levantamiento del velo se sustente en la idea de la equidad.

31 VERRUCOLI, Piero, Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law, Giuffrè, Milán, 1964, p. 5.

32 SERICK, Rolf, Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: El abuso de derecho por medio de la persona jurídica, traducción y comentarios de Derecho Español por José Puig Brutau, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, p. 92; y, MACHEN, Arthur W., op. cit., p. 257.

33 Esto sucedió en Inglaterra en el año 1875 producto de la ley de reforma judicial, mientras que a nivel federal en los Estados Unidos tal fusión se materializó recién en 1938 con la promulgación de las Reglas federales de Procedimientos Civiles, pero aún se mantiene vigente al interior de algunos de los estados de la unión americana (Delaware, Nueva Jersey, etc.).

34 Sobre el punto existe abundante bibliografía, pero podría resultar de interés la consulta de KRONMAN, Anthony, Specific performance, en University of Chicago Law Review, vol. 45, 1978, pp. 351 y ss.; SCHWARTZ, Alan, The case for specific performance, en Yale Law Journal, vol. 89, 1979, pp. 271 y ss.; y, BULLARD, Alfredo, ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?, en Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, Segunda edición, Palestra, Lima, 2006, pp. 315 y ss.

35 Al respecto, y de manera meramente ilustrativa, consúltese a DE TRAZEGNIES, Fernando, El rasgado del velo societario dentro del arbitraje, en Ius et veritas, año XIV, núm. 29, Lima, p. 13.

Ahora bien, el primer caso al que se suele hacer referencia cuando se desea hablar de la teoría del levantamiento del velo societario es a *Salomon v. A Salomon & Co. Ltd.*, el cual llegó incluso a producir pronunciamientos contrapuestos en las primeras instancias y, por último, una opinión de la Cámara de los Lorens (o House of Lords).

El caso se resolvió en 1897, esto es, apenas superado todos los vaivenes legislativos que se han recordado precedentemente, lo cual ayudará a explicar las propias discrepancias entre las diversas instancias judiciales inglesas. En síntesis, la idea de allanar la personalidad jurídica no es tan antigua como se podría pensar y además se produjo en un momento histórico en el que la propia noción de persona jurídica no se encontraba totalmente asentada en la cultura jurídica de Inglaterra. Adicionalmente, se puede subrayar que a pesar de que en Inglaterra se dio tan importante paso, la teoría no ha sido impulsada por la judicatura o por la doctrina, a diferencia de lo sucedido en otros sistemas del Common Law como Estados Unidos o en países del Civil Law como Alemania.

En este orden de ideas, los datos del leading case son relativamente sencillos, el señor Aaron Salomon era un exitoso comerciante de cuero cuya especialidad era la fabricación de botas. A fin de realizar dicha actividad económica el señor Salomon empleó una estructura de negocio conocida como "sole proprietorship", según la cual una persona natural lleva adelante un negocio³⁶, vale decir, se producía una total confusión entre la actividad y la persona que la realizaba, lo cual explicaba por qué la que la responsabilidad derivada de dicha actividad se extendía contra el patrimonio personal del titular del negocio. El señor Salomon tenía varios hijos, quienes en 1892 le manifestaron su interés en participar en sus actividades económicas; ante tal situación la familia acordó reorganizar el negocio abandonando la estructura del *sole proprietorship* a fin de adecuarse a la Ley de 1862³⁷, creándose así *Salomon & Co. Ltd.*

Como se recordará, para lograr constituir una sociedad con responsabilidad limitada se requería que concurriesen siete personas en total. Sin embargo, en el caso esta situación no se convirtió en mayor inconveniente, toda vez que la familia Salomon cumplía con dicho número. En efecto, se estableció que los accionistas de *Salomon & Co. Ltd.* serían el señor Salomon, su esposa, su hija y sus cuatro hijos, cumpliéndose escrupulosamente con el mínimo legal exigido. Adicionalmente, y no obstante que dos de los hijos de Salomon se convirtieron en directores, lo cual daba muestras de apertura a la participación de los "accionistas" en la vida diaria de la compañía, existía una aplastante concentración en la titularidad de las acciones de la empresa a favor del señor Salomon. Tal situación era incuestionable puesto que el padre poseía veinte mil y un (20,001) acciones del total de veinte mil siete (20.007) acciones representativas del capital social

(esto es, el 99.97% de las acciones), por lo que era un fortísimo índice del control que ostentaba Salomon³⁸.

Empero, la situación no quedaba allí, en los libros de la sociedad constituida se podía ver que el señor Salomon tenía un derecho de crédito por £ 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Libras Esterlinas). En términos sencillos, luego de la reorganización de su negocio Salomon no sólo se había convertido en el principal accionista y simultáneamente en el principal acreedor de la nueva sociedad, sino que había logrado diluir los riesgos operativos de su actividad económica gracias a la responsabilidad limitada. La íntegra operación generaba fuertes suspicacias si es que se sumaban todas estas peculiaridades, sobre todo si es que uno veía que en los hechos el negocio seguía siendo ejecutado y administrado por Salomon, tal como sucedía bajo el amparo del *sole proprietorship*.

En atención a que los jueces competentes para analizar el caso Salomon seguían aquella teoría de la personalidad jurídica dominante en la época, me refiero a la teoría de la ficción, la cual aún hoy es la asumida en el sistema inglés (en el sentido que es la posición que, explícita o implícitamente, los jueces siguen al resolver un caso en concreto) no les fue muy complicado el sostener un desconocimiento de la personalidad jurídica. La asunción de esta teoría acerca de la personalidad jurídica se observa con claridad en los dicta y en la propia ratio decidendi del caso Salomon³⁹. Mención aparte merece el hecho que la noción de persona jurídica aunque ya se había venido extendiendo en las décadas anteriores a la expedición de la sentencia en este caso, aún no había calado en las mentes de los operadores jurídicos, tal como lo prueba que el otorgamiento de la autonomía existencial y patrimonial de las compañías se alcanzó no por el convencimiento de los abogados acerca de los méritos de dicha solución sino por la presión del sector empresarial.

Sin perjuicio de lo anterior, como es fácil intuir el quid subyacente en el caso Salomon se evidenció al momento en que la "compañía" sufrió problemas de liquidez. Como debía pagarse las deudas y existía el riesgo que el señor Salomon no recuperase su "aporte", este optó por aprovecharse de su situación como principal acreedor para afirmar su posición preferente en relación a los demás acreedores.

La Corte de Apelaciones consideró que la persona jurídica se había empleado sólo como un mecanismo para defraudar a los acreedores, sin embargo la House of Lords pensó diferente y sólo centró el debate en si la persona jurídica se había constituido siguiendo los trámites y las exigencias de la legislación. Al confirmarse el cumplimiento de tales requisitos debía, a todos los efectos, considerarse al señor Salomon y a su compañía como entidades distintas.

36 CATALDO, Bernard F., Limited liability with one-man companies and subsidiary corporations, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 18, núm. 4, 1953, pp. 473 y ss., ivi p. 474.

37 Me refiero a la Company Act de 1862 en la que se consolidó toda la normativa que se aludió en el numeral 2 precedente. Además en ella se incorporó una regulación acerca de cómo se manejaba la compañía creada y los límites de las facultades de sus representantes (vale decir, la regulación de los actos ultra vires).

38 Tal como lo recuerda KAHN-FREUND, Otto, Corporate entity, en *Modern Law Review*, vol. 3, núm. 3, 1940, pp. 226 y ss.

39 Cfr. HALLIS, Frederick, Corporate personality: A study in jurisprudence, Oxford University Press, Londres, 1930, p. 11.

En el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones se vio a la persona jurídica como una mera ficción que podía (y debía) ser ignorada, esto no sólo con la intención de evitar injusticias sino porque al no ser una "auténtica realidad" no existía ninguna razón que obligase a la Corte a sostener y tutelar una hipotética diferencia entre tal organización y sus miembros. La noción de personalidad jurídica se concebía como una forma de organización del discurso y nada más que eso. Por su parte, en la House of Lords se la siguió viendo como una creación de la ley (esto es, como una entelequia abstracta e irreal) pero que como tal tenía que cumplir ciertos requerimientos y si ello sucedía debía otorgarse el beneficio jurídico que el Estado consideraba anexa a tal "ficción". Aquí puede percibirse un ligero viraje a la teoría de la concesión⁴⁰, lo cual podría no llamar mucho la atención pues muchos conciben a esta última como una derivación de la teoría de la ficción: una creación del Estado-nación en el ejercicio de su soberanía, al igual que lo es la propia noción de persona.

En síntesis, la percepción que un sector de los académicos ingleses –si es que no de los propios políticos y de los funcionarios públicos– tenía sobre el otorgamiento de personalidad jurídica a la organización de personas favoreció, en mi opinión, el surgimiento de la idea misma de levantamiento del velo societario. Empero, tal impacto no se limitó a levantar cualquier tipo de impedimento conceptual o, si se quiere, a favorecer el deseo de superar una institución que se sentía extraña, sino que trascendió dicho plano y tuvo un correlato en la justificación que en términos jurídicos debía esgrimirse para lograr dicho objetivo. Naturalmente, ambos asuntos no se presentan en un sistema jurídico europeo continental o, sin más, del Civil Law; tal vez sea esta la razón que lleva a nuestros autores a emplear figuras jurídicas y justificaciones de la más variada naturaleza, además de ser por lo general de contenido esencialmente abstracto. Tan es cierto ello que en la propuesta de reforma al Código Civil peruano tal situación se constata de una lectura literal del nuevo articulado.

Es justamente la preocupación por el medio (o argumento) jurídico que debe esgrimirse en países como el nuestro, así como una curiosidad infantil por dilucidar aquellas teorías que en la Inglaterra del siglo XIX se emplearon para justificar la personalidad jurídica, las que me motivaron a escribir las presentes líneas. Soy de la opinión que ambos temas se encuentran íntimamente relacionados y considero que es necesario, a fin de concluir este breve bosquejo, que en los últimos acápites del ensayo proceda a proponer la lectura personal y esencialmente hipotética (nunca antes he usado la palabra de manera más certera) de tales materias.

5. Calificación Jurídica del Levantamiento del Velo Societario

En los últimos párrafos del numeral precedente se afirmó la importancia del contexto en el que se suscitó la teoría del levantamiento del velo societario y el impacto que aquél tuvo en la formulación jurídica de esta. En tal sentido, y a efectos de que el presente ensayo tenga un adecuado cierre sobre esta materia, se intentará esclarecer la específica calificación jurídica que se le debe otorgar al levantamiento del velo societario en nuestro país y a su vez qué es lo que sucedió en Inglaterra.

Las formulas doctrinales y jurisprudenciales acerca del levantamiento del velo pecan, lo cual ha sido denunciado por algunos autores⁴¹, por su excesiva generalidad. No pretendo dar menor valor al importantísimo rol que estas declaraciones han tenido en la consolidación de una opinión favorable a la superación del formalismo jurídico que significa la autonomía de la persona jurídica respecto de sus miembros, pero no por ello se puede obviar que las mismas carecen de contenido jurídico relevante. Naturalmente, es una crítica no del todo eficaz contra los autores que propugnan una perspectiva más "práctica" o favorable a los fines antes que a las formas, toda vez que esta se encontraría imbuida precisamente de aquella perspectiva a la que se oponían, vale decir, un intento o afán formalista⁴².

Sin embargo, así como –por mi parte– no menosprecio la tendencia pragmática de estos autores, ya que me parece digna de la mayor atención para encaminar una fructífera actividad de investigación jurídica, también esperaré que se tuviese tolerancia con mi enfoque en tanto que también se necesita explicar en términos técnicos la solución a la que intuitivamente se ha llegado siguiendo un afán práctico.

Así las cosas, es comprensible que se tengan fundadas dudas acerca de los riesgos que se asumirían si es que se admitiese una teoría tan abstracta y general como el levantamiento del velo societario. En efecto, las explicaciones que en las primeras formulaciones se han ofrecido dejan en el tintero un tema que me parece particularmente relevante y que se condensa en la siguiente interrogante: ¿cuál es el mecanismo jurídico por el que se logra desconocer o allanar la personalidad jurídica?

Me explico. En mi opinión aquello que se describe con el *nomen* "levantamiento del velo societario" no es más que la explicación del resultado práctico de una operación jurídica, esto es, la superación de la autonomía existencial y/o patrimonial de la personalidad jurídica. Si se quiere graficar en términos más simples, la formulación actual sólo nos explica aquello que se logra

40 Cfr. POLLOCK, Frederick, Has the common law received the fiction theory of corporations, en *Law Quarterly Review*, vol. 27, 1911, p. 219 y ss.

41 En el sistema jurídico italiano esta crítica proviene del egregio profesor Tullio ASCARELLI, *Problemi giuridici*, tomo I, Giuffrè, Milán, 1959, pp. 235 y ss., quien fue un importante opositor a la teoría del levantamiento del velo; en lo que respecta a nuestro país la objeción puntual referida a la generalidad y abstracción de la manera en que se explica y aplica esta teoría puede leerse en el ensayo del profesor Fernando DE TRAZEGNIES, *El rasgado del velo societario dentro del arbitraje*, en *Ius et Veritas*, año XIV, núm. 29, Lima, p. 13, aunque ello no le impide admitir la necesidad de contar con una teoría de este tipo a fin de superar la rigidez del derecho formal, lo cual la diferencia de la posición asumida por ASCARELLI.

42 Perspectiva que es expresada de manera ilustrativa por COHEN, Felix S., *Transcendental nonsense and the functional approach*, en *Columbia Law Review*, vol. 35, 1935, pp. 809 y ss.

con la operación jurídica llamada levantamiento del velo societario. Inclusive la misma formulación también (e implícitamente) nos responde el porqué y para qué se desea lograr el resultado en cuestión, pero no nos dice nada del cómo se logra ello. Así, decir que se supera el efecto jurídico que diferencia a la persona jurídica de sus miembros es meramente describir el resultado último de la operación, pero no es la herramienta que lo logra, salvo desde luego que se crea que la mera declaración de la frase “levantamiento del velo societario” tiene casi el poder mágico que se le suele atribuir a la frase “abracadabra” y que una vez pronunciada todo lo que uno desea acaece en la realidad (jurídica).

Naturalmente no puedo aspirar a abordar en este breve artículo la integridad de todas las posibles explicaciones que se pueden usar para justificar el allanamiento de la personalidad jurídica, pero creo que si es menester resumir apretadamente los principales argumentos que al respecto se han empleado en el Civil Law. En este contexto se recordarán la construcción del levantamiento del velo como: (i) un supuesto de inoponibilidad; (ii) un supuesto de ineficacia; y, (iii) un supuesto o criterio autónomo.

“(…) aquello que se describe con el *nomen* “levantamiento del velo societario” no es más que la explicación del resultado práctico de (…) la superación de la autonomía existencial y/o patrimonial de la personalidad jurídica.”

En primer término hay que reconocer que en nuestro sistema no resulta extendido el uso del término inoponibilidad en el análisis de asuntos jurídico-negociales, tan es cierto ello que para muchos podría ser desconocido. Sin embargo, el mismo hace referencia, entre otros supuestos, a la tutela preventiva del crédito que se materializa por medio del así denominado fraude a los acreedores o acción pauliana; y a aquellos negocios en los que existe ausencia de legitimación. Tomando como base a ambas figuras se puede sostener que por inoponibilidad se entiende a aquella restricción de los efectos jurídicos que típicamente se encuentran ligados a la realización de un negocio jurídico. Esta inhibición parcial de las consecuencias jurídicas de cierto negocio se produce a causa del intento de tutela que desea promover el sistema jurídico a favor de un grupo determinado de terceros que podrían verse afectados en caso el negocio desplegara la integridad de los efectos que su programación señala⁴³.

Para resumir lo apenas expuesto –y para subrayar la peculiaridad del fenómeno que se analiza–, habría que reconocer, por un lado, que el negocio jurídico realizado

sobre el que se pretende la declaración de inoponibilidad resulta plenamente válido y eficaz; y, por otro lado, que la restricción de los efectos jurídicos solamente se aplica a favor de un sector de personas, por lo que el “negocio cuestionado” mantiene pleno vigor sobre los demás miembros de la sociedad.

En el caso de la acción pauliana se declaran inoponibles aquellos actos de disposición que hubiere efectuado un deudor y que causasen una dificultad o imposibilidad de cobro por parte de los acreedores. En ocasiones esto sucederá debido a la intencionalidad del deudor y en otras ni siquiera es necesario verificarlo. Por su parte, cuando una de las partes de cierto negocio jurídico carece de legitimación, se sostiene que: (i) no produce sobre la esfera jurídica del sujeto al que se pretende vincular; o, (ii) no produce la integridad de la reglamentación en él contenido, en específico en cuanto a la disposición del bien o derecho que lo motiva, sino que se lo limita al extremo en el que sí se tiene legitimación o se entiende el negocio como un contrato sobre la promesa o el hecho de un tercero.

El remedio aplicable es bastante peculiar, resulta un *tertium genus* a medio camino de las categorías de ineficacia y de invalidez, pero el mismo se reconduce a normas jurídicas que se encuentran en el sistema jurídico (acción pauliana, *falsus procurator*, entre otros). Así pese a lo extraño que resulta el *nomen* inoponibilidad la categoría tiene carta de ciudadanía dentro de la legislación peruana y es importante que así sea, no sólo para poder sugerirlo a nivel de la doctrina, sino por qué dado su especial carácter se requiere que su sanción sea señalada por la ley, ofreciendo así predictibilidad.

Entonces, ¿podría calificarse al levantamiento del velo como un caso de inoponibilidad? Considero que no, aunque reconozco que la idea resulta sugerente a primera vista debido a que explica con gran solvencia una de las peculiaridades más saltantes del levantamiento del velo societario: el carácter específico del interés tutelado y lo limitado de sus efectos. En mi opinión, la similitud entre ambas figuras se torna patente cuando uno contrasta lo que sucede al aplicarse la doctrina del levantamiento del velo y las consecuencias de la inoponibilidad. En efecto, con el levantamiento del velo se torna “inoponible” para ciertos terceros la diferencia entre los accionistas y la persona jurídica, sea en el extremo de la diferencia existencial o bien en la patrimonial.

Sin embargo, pese a esta similitud, la justificación aludida enfrenta duras objeciones: (i) la ausencia de una norma expresa en la que se afirme que el efecto del levantamiento del velo es la inoponibilidad; y, en caso se supere esta crítica, (ii) la inoponibilidad no explica todas las hipótesis que se reconducen a la teoría del levantamiento del velo societario.

En efecto, y por citar un ejemplo, difícilmente en los supuestos de infra-capitalización⁴⁴ la inoponibilidad

43 En un contexto distinto esta idea también puede encontrarse en el ensayo del profesor MORALES HERVIAS, Rómulo, Nulidad e inoponibilidad del contrato vs. el principio de fe pública registral, en El Visir: Revista electrónica de Derecho Registral y Notarial, núm. 1, 2009, pp. 1 y ss. (de la versión pdf.), texto disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/elvisir/sites/revistas.pucp.edu.pe/files/Rmorales_pdf-final.pdf.

44 Como se sabe, en la infra-capitalización los afectados son –por lo general– acreedores de responsabilidad extracontractual de la persona jurídica. No obstante lo que se afirmará a continuación hay un sector de la doctrina que intenta explicar este fenómeno a través de una perspectiva contractual, al respecto se puede consultar a PAZ-ARES RODRIGUEZ, Cándido, La infracapitalización: Una aproximación contractual, en AA.VV., Derecho de sociedades de responsabilidad limitada, edición al cuidado de F. Rodríguez Artigas y otros, tomo I, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 65 y ss.

brinda alguna ventaja a los terceros que se ven afectados o lesionados con la conducta abusiva o fraudulenta de la persona jurídica o sus miembros. El fenómeno de infra-capitalización es en apretada síntesis un caso en el que el patrimonio de una empresa resulta intencionalmente menor al que se requiere para hacer frente al impacto económico negativo de la actividad realizada. En tal contexto, lo que se busca alcanzar es que el patrimonio de los miembros de la compañía sea pasible de la acción coactiva de las víctimas de la actividad empresarial, pero esto no se obtendrá merced a una declaración de inoponibilidad pues lo que en verdad se necesita es que se asigne responsabilidad a los miembros de la persona jurídica, legitimando una acción coactiva contra su patrimonio. Incluso cabría preguntarse, ¿dentro del fenómeno de infra-capitalización existe un negocio jurídico que deba declararse inoponible respecto de la víctima? La respuesta es claramente que no existe tal negocio.

Ante la constatación efectuada en el párrafo precedente se evidencia que no todos los supuestos que justifican el allanamiento de la personalidad jurídica pueden ser reconducidos a la ejecución de negocios jurídicos, por lo que el remedio o la justificación jurídica que estamos buscando debe poderse aplicar a un amplio margen de casos y además debe permitir que se produzcan una multiplicidad de efectos jurídicos que favorezcan la protección de los diversos intereses en juego.

Ahora bien, es momento de analizar si el levantamiento del velo puede ser subsumido en la categoría de ineficacia. A diferencia de lo que sucedía con la inoponibilidad, la ineficacia es una categoría muy conocida aunque no pueda decirse lo mismo acerca de la definición de sus contornos. En efecto, pese a las décadas de estudio y la multiplicidad de autores que la han estudiado no existe consenso en la justificación de cada uno de los supuestos de ineficacia. Sin embargo, a grandes rasgos se admite que ella se encuentra motivada por vicios estructurales, como sucede en la invalidez; o por la aplicación del propio contenido de la reglamentación, como la existencia de un plazo o una condición suspensiva; o a causa del advenimiento de un evento sobrevenido, como en el caso de la resolución por incumplimiento o por imposibilidad.

En el contexto apenas descrito, se idéntifica inmediatamente una dificultad en construir el levantamiento del velo en base a un supuesto de ineficacia, el cual, por lo demás, ya se vio al momento de estudiar la inoponibilidad: en no todos los casos existirá un negocio jurídico cuya ineficacia se deba declarar. Incluso superando este inconveniente habría que añadir que la privación de efectos jurídicos que genera la ineficacia estructural, la ineficacia programática o la ineficacia funcional no hace distinciones en cuanto a los intereses involucrados e impacta a la totalidad de miembros de la sociedad, salvo los terceros de buena fe que hubiesen obtenido un derecho a título oneroso. Así, la percepción de que el levantamiento del velo pueda ser justificado como una causal de ineficacia encuentra mayores inconvenientes que el supuesto de inoponibilidad puesto que la sanción que genera es demasiado amplia.

Finalmente, tocaría observar aquella justificación del levantamiento del velo como una figura autónoma. En mi opinión, este criterio ostenta una ventaja medular sobre las anteriores. En efecto, la creación ad hoc de un criterio de justificación para el efecto jurídico deseado y además de la determinación de las hipótesis que se reconducirían al levantamiento del velo, lograría que la categoría tenga una gran solidez; sin embargo, esta situación también sería su mayor desventaja pues importaría crear una íntegra figura. El mérito (e incluso el demérito) expuesto se ve confirmado si es que se recuerda el contenido de las doctrinas aplicables en el Common Law para el levantamiento del velo: el *fraud* y la *agency*.

En efecto, ambas categorías⁴⁵ no son unívocas en su construcción ni en los remedios que se ofrecen para su solución. Así las cosas, no se debería pretender subsumir toda la riqueza casuística del levantamiento del velo societario en una figura teórica que no ostente dentro del Civil Law una amplitud semejante. Al colocar el acento en esta idea me parece que cobraría un renovado impulso aquella perspectiva que sostiene que en el Civil Law se debiera optar por analizar las hipótesis de levantamiento del velo bajo las figuras del abuso de derecho y el fraude a la ley. La ventaja de ello radicaría en el hecho que ambas figuras permiten tanto una declaración de ineficacia (en el caso del abuso de derecho se daría en términos semejantes a la inoponibilidad, mientras que en el caso del fraude a la ley se provocaría la aplicación de la norma evadida) como el ejercicio de pretensiones que buscan el empleo de la tutela inhibitoria e incluso la resarcitoria (lo cual sucede en el caso del abuso de derecho).

6. Análisis de la Propuesta de Reforma al Código Civil

En el año 2006 el Ministerio de Justicia publicó las denominadas "Reformas Urgentes" al Código Civil, las cuales fueron fruto de los debates efectuados en el seno de una Comisión de especialistas presidida por el profesor Jorge Avendaño. En el paquete de normas, cuya reforma se sugería, se encuentra el artículo 78°, cuyo nuevo texto proyectado es el siguiente:

"Artículo 78°.- Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad.

1. *La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros.*
2. *Ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquella ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta.*
3. *Si se realizara actos abusivos o fraudulentos a través de la persona jurídica, el juez podrá, a solicitud de parte legitimada, desestimar excepcionalmente su calidad de sujeto de derecho o disponer que no se apliquen los beneficios derivados de tales actos, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes la hayan utilizado abusiva o fraudulentamente.*
4. *Las pretensiones a que se refiere el párrafo 3 prescriben a los dos años de la realización del acto."*

Haciendo a un lado el defecto técnico del "título" del artículo pues, como se sabe, en el Código Civil peruano

45 DOBSON, Juan M., "Lifting the veil" in four countries: The Law of Argentina, England, France and United States, en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, núm. 4, 1986, pp. 839 y ss.

estos no existen sino que son un añadido que cada una de las editoriales realiza a su exclusivo criterio, el tercer párrafo o numeral es el que me interesa subrayar. Allí se condensa la idea de desestimar la calidad de sujeto de derecho de una persona jurídica o, en todo caso, que no se apliquen los beneficios derivados de los actos abusivos o fraudulentos que se hubieren realizado. Curiosamente la regulación que se propone rescita, una vez más, el debate acerca de las teorías que explican la personalidad jurídica y más en específico se retoma el camino signado por el itinerario inglés sobre dicha materia, vale decir, la Comisión opta –consciente o inconscientemente– por la teoría de la ficción, a tal punto que uno de los aspectos más saltantes es la desestimación no de la diferencia existencial o patrimonial de la persona jurídica respecto de sus miembros (esto es, el efecto de la creación de una persona jurídica), sino más bien su calificación como sujeto de derecho.

Lamentablemente, y a pesar de la calidad profesional y académica de los miembros de la Comisión Avendaño, creo que el artículo propuesto incurre en imprecisiones técnico-jurídicas y en algunos inconvenientes en cuanto a los (des)incentivos que podría ocasionar.

Por un lado, las imprecisiones u objeciones de carácter jurídico son:

- (i) Que, la Comisión al parecer se encontraría confundiendo la calificación “sujeto de derecho” con los beneficios que la personalidad jurídica otorga a la organización de personas. En efecto, como se ha visto, la personalidad jurídica otorga tanto la diferencia existencial entre la persona jurídica y sus miembros, como también la autonomía patrimonial. Así, la idea central del levantamiento del velo societario sería ignorar uno o ambos beneficios a fin de alcanzar el sustrato de la persona jurídica en el caso en concreto. Empero, en la propuesta de reforma se sostiene que con la aplicación del levantamiento del velo se desconoce el carácter de sujeto de derecho de la persona jurídica. ¿Cómo es ello posible?

La única explicación además de un error técnico a subsanar sería que la Comisión Avendaño, como se ha dicho, este optando –consciente o inconscientemente– por adherirse a la teoría de la ficción. Esta afirmación encontraría sustento en que los miembros de la Comisión consideran que la asignación de personalidad jurídica es solamente una careta que puede ser desconocida cuando el Derecho lo considere conveniente, tal como sucedió en el caso Salomon; todo ello en atención a que el único verdadero sujeto de Derecho sería la persona natural. Tal regulación sería un esfuerzo

por lograr revelar las auténticas bases de la teoría del levantamiento del velo societario, aunque a la fecha no he oído a ninguno de los miembros de la Comisión dar una explicación semejante⁴⁶.

- (ii) Sin perjuicio de lo anterior, un defecto adicional en este párrafo es que no precisa si la desestimación de la “calidad de sujeto de derecho” es solamente para el caso en concreto o si se trata de una pérdida total. Asumo que la intención específica es un allanamiento para solucionar un caso concreto y no en general. Tampoco dudo que si el Congreso procede a aceptar esta propuesta el juez o el árbitro no sólo podrá sino que deberá interpretarla en este sentido pero soy de la opinión de que no caería mal mejorar la redacción en ese sentido.

En cuanto al impacto en los incentivos de la propuesta me interesa resaltar que:

- (i) La Comisión optó por regular el levantamiento del velo en base al empleo de una cláusula normativa general. En efecto, el texto propuesto alude a actos abusivos y/o fraudulentos, por lo que el operador jurídico deberá primero determinar qué es lo que se entiende por una conducta abusiva y/o fraudulenta para luego aplicar la sanción o consecuencia prevista (la desestimación de la calidad de “sujeto de derecho” o los beneficios que se obtienen de los actos abusivos y/o fraudulentos).

En principio tal regulación podría aparecer como meritoria puesto que ofrece una gran flexibilidad (un aspecto que resalté en las páginas precedentes); sin embargo, creo que es una opción riesgosa ya que podría, en un contexto como el peruano, terminar debilitando a la persona jurídica. Como no es desconocido, en el Perú se podría emplear esta amplitud para cuestionar constantemente todos los actos de una persona jurídica a fin de lograr alcanzar a los accionistas⁴⁷, el riesgo se ve incrementado cuando se recuerda que las categorías doctrinales fraude a la ley y abuso del derecho son no sólo amplias sino que permiten lecturas de naturaleza objetiva que podrían llegar a materializar el riesgo aludido.

- (ii) Si la Comisión se adhiere, como presumo, a la idea de que la infra-capitalización es uno de los supuestos en los que los miembros de una persona jurídica puedan aprovecharse de la autonomía patrimonial y existencial, la cual es vista en doctrina como un caso de abuso, entonces existe un problema adicional: si en el Perú no existe, salvo casos excepcionales como en los casos de empresas del sistema financiero, un capital mínimo para iniciar y mantener activa una persona jurídica, ¿cómo se

⁴⁶ Incluso de la lectura literal de la exposición de motivos del artículo bajo comentario la decisión tomada por la Comisión es claramente a favor de ignorar no la personalidad jurídica en un caso en concreto sino que se decanta en la negativa de la calidad de sujeto de derecho. En efecto, allí se señala: “El juez queda facultado, sin perjuicio de la responsabilidad penal de quienes la hayan utilizado abusiva o fraudulentamente, a desestimar la calidad de sujeto de derechos autónomo de la persona jurídica”, sin embargo a renglón seguido se indica que: “Se faculta de esta manera al juez a desestimar la separación de esferas que se produce con la constitución de la persona jurídica, entre ésta y sus integrantes”; con lo cual la aparente confusión que señalamos se instala ya que en este último pasaje se alude a un efecto jurídico anexo al reconocimiento de personalidad jurídica, por lo que no sería necesario negar la íntegra calificación de sujeto de derecho que es mucho más amplio y trascendente. El texto de las reformas propuestas y de su exposición de motivos puede ser consultado en la página web del Ministerio de Justicia, www.minjus.gob.pe/Proyectos/Derechopersona.pdf, consultado el 3 de junio de 2011, p. 6 (de la versión pdf).

⁴⁷ Este es un riesgo que también observa el profesor CASTILLO FREYRE, Mario, El defectuoso anteproyecto de Reforma al Código Civil en relación a las personas jurídicas, texto disponible en el web-site del Estudio Castillo Freyre, www.castillofreyre.com/articulos/el_defectuoso_anteproyecto_personas_juridicas.pdf, p. 9 (de la versión en pdf).

juzgará la infra-capitalización?, ¿por sus efectos (esto es, por la imposibilidad de hacer frente a las deudas y responsabilidades generadas), por la intencionalidad de los miembros o por qué criterio? Nuevamente esto deberá ser determinado por el juez pero ciertamente genera un margen de actuación bastante amplio y generaría grandes incertidumbres.

Por otro lado, me parece digno de destacar aquella frase del artículo en la que se dice que no se aplicarán aquellos beneficios que se obtengan de la realización de actos abusivos o fraudulentos. La enunciación es lo suficientemente amplia como para abarcar los efectos del fraude a la ley, el abuso de derecho (en su modalidad de causal de ineficacia) y los supuestos en los que el "acto" que genera el beneficio no pueda catalogarse como un negocio jurídico, con lo cual se lograrían la flexibilidad que es necesaria para replicar las ventajas de la teoría en su sistema jurídico de origen⁴⁸.

7. A Manera de Conclusión

En las páginas precedentes he intentado efectuar un ejercicio teórico que se inspira en la comparación jurídica y la investigación histórica, sin dejar por ello de lado un necesarísimo análisis dogmático.

Un equilibrio entre métodos o aproximaciones jurídicas ofrece muchas ventajas para el estudio del Derecho, toda vez que permite que el investigador pueda construir del modo más fidedigno posible la figura a analizar y no por ello pierde potencial crítico. Como dicta la lógica primero uno debe intentar comprender los alcances de cierta posición teórica, incluyendo a su vez el contexto en el que se gestó y los objetivos que la inspiraron, para luego procurar tanto su deconstrucción como su eventual reedificación.

La teoría del levantamiento del velo como *equitable remedy* no sólo suscita un fundado interés en el académico del Civil Law, sino grandes dolores de

cabeza para su encuadramiento sistemático. La situación no debe causar sorpresa dado su propio origen pero tal vez sea útil en este punto del discurso recordar que otras figuras creadas dentro de las cortes de equidad dan al *civil lawyer* tantos o más problemas conceptuales, me refiero al *trust*. En efecto, acaso esta sea la figura que con mayor insistencia se ha intentado explicar en términos civiles pero, creo yo, ha tenido mayores reveses que éxitos.

Si nuestros académicos, y posiblemente nuestros legisladores, tienen un fundado interés en el trasplante de la teoría del levantamiento del velo a fin de evitar los abusos o injusticias de la persona jurídica o sus miembros, considero que esto debe motivar mayor estudio y no aún una regulación específica. Las razones que me lleva a tomar tal posición son, por un lado, de cariz teórico y, por otro lado, de naturaleza práctica.

En primer lugar, mientras no sea posible que el juez o el árbitro puedan explicar cómo se produce este "levantamiento del velo" el número de ocasiones en las que se empleará dicho mecanismo será menor respecto de las oportunidades en las que debiera usarse, esto se dará debido al temor de dichos operadores jurídicos de echar mano a una figura con contornos poco claros o sencillamente por qué no sabrán cómo justificar su decisión. En segundo lugar, la inseguridad sobre si una conducta motivará o no el levantamiento del velo generará una gran incertidumbre en los comerciantes, quienes al no saber cómo comportarse incurrirán en costos más elevados o sencillamente dejarán de lado conductas que son beneficiosas desde un punto de vista social.

Acaso la mejor manera que tengo para culminar estas breves páginas sea refiriéndome a la opinión que diera el egregio profesor Adolfo DI MAJO, si bien sobre una materia distinta pero que condensa con total pulcritud lo que he querido resaltar en los párrafos precedentes, "no queda sino el compromiso de documentarse, para luego reflexionar"⁴⁹ 

48 Dentro del sistema anglosajón se conocen las figuras del fraud y de la agency, las cuales tienen una íntima vinculación con la teoría del levantamiento del velo. En primer lugar se debe señalar que en el fraud quedan subsumidas una serie de conductas o actos que en los sistemas del Civil Law serían reprimidas por el fraude, la simulación o por el dolo. Un ejemplo puede ayudarnos a aclarar esta idea: digamos que el individuo A se presenta ante B como el hipotético representante de C, lo cual lleva a que B decida suscribir un contrato con A puesto que desea entablar una relación comercial con C.

En un sistema de Civil Law como el peruano, esta hipótesis sería reconducida a la figura del falsus procurator y, por ende, el negocio jurídico suscrito sería ineficaz respecto del supuesto representado, más sería válido y eficaz respecto del hipotético representante (aunque potencialmente se le podría anular por un vicio de error o dolo). En cambio, en un sistema de derecho anglosajón el caso reseñado sería catalogado como una circunstancia de falses representations, vale decir, aquella impresión distorsionada de la realidad que se genera en un sujeto (el perjudicado) generada por la conducta desplegada por otro sujeto (el defraudador) y que induce a aquél a ejecutar un acto específico (KEIDAN, Jacob L., Contracts: Fraud: Defrauded purchaser of land on contract, en Michigan Law Review, vol. 35, núm. 4, 1937, pp. 665 y ss.).

Empero, el fraud no es sólo amplio en cuanto a las hipótesis que pueden ser reconducidas a ella sino que también permite el otorgamiento de una gran diversidad de remedios, tal como lo evidencia LARSEN, Paul L., Election of remedies: when is election irrevocable in contract-fraud situations?, en California Law Review, vol. 36, núm. 4, 1948, pp. 636 y ss. En tal sentido, y a manera de ejemplo, el fraud permite que se actúen remedios por los que se niega efectos jurídicos a un contrato que pueda resultar perjudicial para quien lo hubiese suscrito (rescission); o por los que se permite alterar el contenido del contrato suscrito a fin de incorporar las condiciones que, ordinariamente, habrían sido pactadas por las partes (reformation); por los que se "constituye" un trust (esto es, un fideicomiso) a favor de la víctima del fraud con el objeto de que se considere que el materia de la operación fue entregado al defraudador a título de patrimonio fideicometido a efecto de lograr que se le restituya (constructive trust); entre otros.

Tal vez un dato que sirve para entender esta multiplicidad de remedios, muchos de los cuales entrarían en colisión con lo que la mayoría de estudiantes conoce del Common Law, es que estos remedios son dados por las cortes de equidad, en tanto que estas eran las cortes competentes para conocer los casos de fraud.

Por su parte, por la doctrina de la agency se permite alcanzar al principal a fin de hacerlo responsable de los actos realizados por su dependiente, sin que importe el tipo de estructura contractual (GOODMAN, Ernest P., Agency: Principal's liability for fraud when contract restrict representations to those embodied in the contract, en California Law Review, vol. 34, núm. 4, 1946, pp. 751 y ss.).

49 DI MAJO, Adolfo, La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania federale, en Rivista Critica del Diritto privato, año I, núm. 1, 1983, p. 179, citado por LEÓN, Leysser L., La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos: A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung), en Ius et veritas, año XIII, núm. 26, Lima, 2003, p. 42, texto y nota (122).