
Las personas jurídicas con fin económico(*)

Oswaldo Hundskopf Exebio

Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima.

Por las razones que plantearé más adelante considero que el tema a tratar ha trascendido la usual distinción, entre “personas jurídicas con o sin finalidad lucrativa”, resultando dicha diferenciación, meramente doctrinaria y no acorde con nuestro ordenamiento legal y mercantil. En razón a ello, reformularé el tema a tratar, enmarcándolo en el análisis de “las personas jurídicas con fin económico” y diferenciándolo de aquellas que no persiguen tal finalidad.

Estimo que no hay mejor manera de iniciar esta exposición que citando al tratadista español Joaquín Garrigues⁽¹⁾, quien considera al fenómeno asociativo como uno de los principales caracteres de nuestro tiempo. En su obra, el referido jurista destaca de un lado, la tendencia de las personas naturales hacia la agrupación y constitución de personas jurídicas que persiguen fines culturales, políticos, deportivos, religiosos y de toda índole, y de otro, aquellas concentraciones que tienen propósitos netamente económicos tales como las sociedades mercantiles.

En consecuencia, y con un propósito meramente didáctico, podemos distinguir dentro de las asociaciones de personas dos grandes clases:

a) Agrupaciones que constituyen personas jurídicas sin finalidad económica, dentro de las cuales tenemos a las asociaciones, comités y fundaciones, reguladas en nuestro ordenamiento legal por el Código Civil.

b) Personas jurídicas constituidas con una finalidad propiamente económica, tales como las Sociedades

Civiles y Mercantiles, reguladas por la Ley General de Sociedades No. 26887, las Cooperativas, reguladas por la Ley General de Cooperativas, aprobada mediante Decreto Ley No. 85, y las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada-EIRL, normadas por Decreto Ley No. 21621.

Para el desarrollo del presente trabajo, me referiré única y exclusivamente a las sociedades civiles y mercantiles, pues considero que éstas son una fiel expresión de las personas jurídicas que persiguen un fin común esencialmente económico. Es importante además ubicar a la sociedad como una unidad o célula económica y, desde otra óptica, como una entidad que tiende a vincularse con otras, integrando grupos económicos dentro de un esquema que se ha tornado común y frecuente dentro de una economía globalizada.

Considero ilustrativo recurrir a la evolución cronológica de la legislación en materia societaria, debiendo destacar la producción normativa de 1984, año en el cual se promulgó y entró en vigencia nuestro actual Código Civil y en el que también se expidió la anterior Ley General de Sociedades, aprobada mediante Decreto Legislativo No.311. Antes de la dación de dichas normas coexistió una doble regulación societaria, por la concurrencia de legislaciones paralelas. En efecto, es preciso señalar que las sociedades civiles se encontraban comprendidas entre las figuras jurídicas normadas por el Código Civil de 1936, mientras que las sociedades

(*) Conferencia dictada el 19 de febrero de 2001 en el Colegio de Abogados de Lima sobre las Personas Jurídicas con fines de Lucro en el Ordenamiento Jurídico Peruano, organizada por el Centro Federado de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) GARRIGUES, Joaquín. *Teoría General de las Sociedades Mercantiles*. R.D.M. p.519 y ss.

mercantiles, estuvieron reguladas en un primer momento por el Código de Comercio de 1902 y posteriormente por la Ley de Sociedades Mercantiles, Ley No 16123.

Como seguramente se habrá escuchado en múltiples oportunidades, en virtud a la promulgación del Código Civil de 1984, fueron necesarios ciertos ajustes a la legislación civil y mercantil, para que resultaran compatibles las nuevas normas e instituciones recogidas por dicho Código, con el marco legal vigente. Es en ese contexto, que se otorgaron facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo para que a través de la expedición de decretos legislativos, reestructure, derogue y modifique todas aquellas normas legales contrarias al referido texto normativo.

En el caso específico de las sociedades civiles, éstas no fueron comprendidas dentro de las personas jurídicas reguladas por el Código Civil de 1984, razón por la cual, quedaron momentáneamente sin regulación propia. En parte, por dicha razón, y como solución integradora se incluyó su régimen legal en el Decreto Legislativo No.311, conocido como “Ley General de Sociedades”, conformada por un Título Preliminar aplicable tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles, un Libro Primero, relativo exclusivamente a sociedades mercantiles, un Libro Segundo, referido a sociedades civiles y el Libro Tercero, que contenía normas complementarias aplicables a ambas clases de sociedades.

Lejos de pretender hacer una evaluación crítica del Decreto Legislativo No.311, cuyo texto recibió múltiples cuestionamientos por ser prácticamente una reproducción o transcripción de las normas ya existentes, debe destacarse que por primera vez se unificó en un solo cuerpo legal la normatividad sobre sociedades civiles y mercantiles, manteniéndose la clásica y tradicional distinción sustantiva, reconociendo que si bien ambas clases de sociedades tienen finalidad económica, en el caso de las últimas, tienen un propósito “lucrativo” y/o “especulativo” a diferencia de las primeras, que carecen del mismo. En efecto, el artículo 297 del Decreto Legislativo No.311 ya derogado, señalaba expresamente que “las sociedades civiles se constituían para la realización de un fin común preponderantemente económico que

no constituía especulación mercantil”, manteniéndose de esta forma una diferenciación obsoleta que no guardaba relación con los cambios producidos en el manejo societario y empresarial en general.

Dicha situación, entre otras, justificó la necesidad de reformular la normatividad societaria nacional, para lo cual se encargó a una Comisión Especial, la elaboración del Anteproyecto de una Nueva Ley General de Sociedades, de cuyo esfuerzo se traduce el texto actual, promulgado mediante la Ley No. 26887 del 9 de diciembre de 1997.

Con la nueva ley, si bien se mantienen las diferencias formales entre las sociedades civiles y mercantiles, se han eliminado las diferencias sustanciales, consolidándose la unificación del derecho societario en un solo cuerpo normativo.

En lo referente a la finalidad económica de las sociedades civiles, la actual Ley General de Sociedades, en su artículo 295 ratifica expresamente que ellas tienen un fin común de carácter económico, el cual debe ser realizado mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales, por alguno, algunos o todos los socios. Dicho requisito formal, guarda relación con el modo en que tales sociedades ejecutan sus operaciones para efectos de alcanzar su finalidad común.

Finalmente, sobre este aspecto debo señalar que las disposiciones de la actual Ley General de Sociedades han originado en términos generales, que toda actividad económica sin excepción pueda ser realizada por cualquier tipo de sociedad, por lo que, a manera de ejemplo, nada impediría el hecho que organizaciones deportivas, clubes sociales, promotoras de espectáculos, centros educativos, culturales o artísticos se organicen como sociedades anónimas.

Refiriéndome específicamente a las sociedades, existen múltiples y variadas definiciones, entre las cuales pasaré a citar solo algunas de ellas:

A decir de Rodrigo Uría, la Sociedad puede definirse como “la asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con el ánimo de obtener un beneficio individual, participando en las ganancias que se obtengan⁽²⁾”.

(2) Citado por Vicent Chulía en *La Sociedad en Constitución*. En: *Homenaje a Rodrigo Uría*. 1978. pp. 855 y ss.

Para Sánchez Calero y Olivencia Ruiz, la Sociedad es “una asociación de personas, que quiere conseguir una finalidad común a ellas, mediante la constitución de un tipo o clase de organización prevista por la ley⁽³⁾”.

Antonio Brunetti, al referirse a la Sociedad, señala que ésta “es el medio técnico, por el cual se hace posible la actuación colectiva en una actividad económica, normalmente organizada durablemente como empresa⁽⁴⁾”.

Para el tratadista Joaquín Garrigues, la Sociedad es “un contrato que da origen a una persona jurídica o al menos, a una organización, la cual ya no depende del contrato originario, sino que tiene su propio estatuto, que se modifica sin contar con la voluntad de los primitivos contratantes⁽⁵⁾”.

En mérito a las definiciones anteriormente citadas, la Sociedad viene a ser una asociación de personas naturales o jurídicas reunidas por un contrato plurilateral, en virtud del cual nace un sujeto de derecho distinto a sus conformantes, con el objeto de que a través de su actuación colectiva, dicha entequeia provista de personalidad jurídica realice determinadas actividades económicas.

Tal como he señalado anteriormente, la Sociedad nace de un contrato producto del acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial, siendo el único contrato en virtud del cual nace una persona jurídica distinta a los sujetos participantes. Como consecuencia del contrato social, la sociedad se convierte en un sujeto de derechos y obligaciones, dotado de composición orgánica, voluntad propia y patrimonio autónomo. Sin embargo, debo resaltar que la vieja discusión respecto de su naturaleza, no ha quedado solucionada con el artículo primero de la Ley, subsistiendo el tema en debate, como materia de estudios doctrinarios y de práctica jurisprudencial.

El texto definitivo del artículo primero de la actual Ley General de Sociedades, contiene una diferencia sustancial respecto del previsto en el Anteproyecto que presentó la Comisión. En efecto, en este último se hablaba del ejercicio en común de actividades

preponderantemente económicas, “perciban o no fines de lucro”. Es cierto que, el tema de lucro fue uno de los primeros en ser debatidos en el seno de la Comisión, llegándose a determinar posteriormente que las sociedades resultaban ser vehículos jurídicos, eficientemente organizados, y suficientemente permeables para utilizarse en cualquier proyecto empresarial, tenga o no fines de lucro. Asimismo se tomó en cuenta que según el derecho comparado de España, Italia y Chile, entre otros países, las sociedades se constituyen con total abstracción del fin lucrativo. El texto definitivo de la Ley al respecto, simplemente, prescinde de toda referencia al lucro.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad, esto es, como una institución jurídica privada, se puede analizar desde tres perspectivas diferentes: como empresa, como persona jurídica y como contrato.

Bajo la óptica de la primera perspectiva, la sociedad nace de la actividad creadora del empresario -sea colectivo o individual- quien organiza los diversos factores de la producción (capital y trabajo), que luego de ser adecuadamente dispuestos, dan lugar a la constitución de una empresa. Si el empresario es colectivo podrá formalizar la situación jurídica de la empresa a través del contrato de sociedad, si es individual podrá optar por asumir la forma de una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.) o seguir desarrollando sus actividades sin tener que asumir alguna forma jurídica. Puede afirmarse en consecuencia que la empresa es el género y la sociedad es una especie, y por ello, toda sociedad necesariamente importa una organización empresarial, mas no toda empresa es una sociedad.

En cuanto a la sociedad como persona jurídica, existen en doctrina posiciones divergentes sobre la naturaleza jurídica del acto que da origen a la sociedad mercantil y al nacimiento de su personalidad. Dicha discusión cobra importancia al momento en que los legisladores plasman su posición en los dispositivos legales sobre la materia, dado que ello indicará las bases normativas que enmarcarán su tratamiento jurídico. En este orden de ideas, a continuación

(3) SANCHEZ CALERO, F y OLIVENCIA RUIZ, M. *Relaciones del Régimen Jurídico de las Sociedades Mercantiles y las Cooperativas*. En: *El Cooperativismo en la coyuntura económica actual*. Madrid, 1964. pp.35 y ss.

(4) BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*. Buenos Aires: UTEHA, 1960. pp. 67 y ss.

(5) GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. México, 1979. pp.106 y ss.

mencionaré las principales teorías que explican la génesis y naturaleza jurídica de las sociedades mercantiles:

Según la teoría del acto constitutivo, existen dos tipos de actos negociables de derecho: aquellos que dan lugar a operaciones económicas de las cuales surgen obligaciones cuyo cumplimiento produce la extinción del acuerdo; y aquellos en virtud de los cuales aparece la constitución de una colectividad o grupo para la realización de actos de comercio. Estos últimos actos se oponen a los contratos por lo que según los defensores de esta teoría, merecen un tratamiento especial. En tal sentido, en vista que no pueden denominarse contratos, se les califica como actos constitutivos. La base de esta teoría radica en que el acto que da origen a un nuevo sujeto de derecho, es un acto constitutivo social unilateral que no se configura como contrato, sino como una nueva categoría de acto jurídico.

Bajo la teoría del acto complejo, se desconoce también cualquier vinculación del acto social que da origen a la sociedad con los contratos. Para esta corriente doctrinaria, el acto que da origen a la sociedad, es una declaración por la cual los contratantes pierden sus voluntades individuales para quedar sujetos a la voluntad del ente creado. Cabe señalar que esta declaración sólo surte efectos entre los contratantes originales.

Para la teoría institucionalista se asigna a los suscriptores del capital social, el rol de simples adherentes -a través de una declaración de voluntad- de las normas legales dictadas por el estado para regular la institución denominada sociedad, en la que se privilegia un interés superior: el interés social sobre el interés de los que la formaron. La voluntad de las partes que suscriben el acto social originario quedará relegada a un segundo plano, prevaleciendo la voluntad del Estado, como creador de las reglas de juego.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad, tenemos la teoría contractualista, bajo la cual se debe entender a las sociedades como contratos a través de dos tendencias, la primera de ellas, que trata de explicar la naturaleza jurídica del contrato social como un contrato sinalagmático, y la segunda, que encuentra su naturaleza en un contrato bilateral especial.

En efecto, algunos autores presentan al contrato de sociedad como un contrato sinalagmático, en virtud del cual coexisten una serie de prestaciones recíprocas. Como objeción a esta afirmación, se señala que la sociedad interesa como contrato, pero más como relación. De aplicarse esta teoría tendríamos que los efectos de un contrato de este tipo se agotarían entre los socios suscriptores de éste y no serían aplicables para los futuros adherentes al mismo.

Otros autores sostienen que se trata de un contrato plurilateral, siendo esta posición la que una buena parte de la doctrina ha adoptado para definir al contrato de sociedad, tendencia que ha sido plasmada en diversas legislaciones. Para los defensores de esta corriente, el contrato de sociedad descansa en un interés común al que pueden adherirse todos aquellos que realicen su aportación para el logro de tal finalidad. En caso de realizarse posteriores adhesiones no se producirá una novación subjetiva, ya que la plurilateralidad existente en su origen subsistirá para las futuras adhesiones.

Según la teoría comentada, este contrato posee características propias, inherentes, esenciales y comunes a todos los contratos, tales como el consentimiento y la capacidad de quienes contratan, objeto cierto, causa lícita y contenido económico. En opinión de Ascarelli, se trata de una nueva categoría de contrato “que sin dejar de serlo no debe ser confundido con el contrato bilateral sinalagmático, con características propias y distintas de aquel⁽⁶⁾”.

La actual Ley General de Sociedades no se ocupa de definir a la sociedad. No obstante ello, consideramos que del texto de su artículo 1 se desprende que nuestra legislación se inclina por la teoría contractualista. Además, el artículo 3 exige, como requisito para la validez del contrato de sociedad y su reconocimiento frente a terceros, la inscripción del acto constitutivo. Ello genera de manera inmediata el nacimiento de una persona jurídica de derecho privado, cuyas características dependerán de la modalidad legal adoptada.

Tal como he señalado anteriormente, el hecho que en la nueva Ley no se precise la naturaleza jurídica de la sociedad, no niega su inicial carácter contractualista. Uno de los tantos temas sobre los cuales siguen discutiendo los especialistas, es el relacionado con la

(6) Citado por Manuel Broseta Pond en su *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1983. pp.89 y ss.

naturaleza jurídica del acto constitutivo por medio del cual se crea una sociedad, existiendo en resumidas cuentas dos posiciones antagónicas al respecto. Por un lado, la corriente contractualista, que se sustenta en el carácter especial del contrato con rasgos característicos que lo convierten en un contrato *sui generis* y, de otro, la corriente institucionalista, en la cual se le niega la calidad de contrato al acto constitutivo de una sociedad.

Es mi opinión que la sociedad nace de un contrato, como producto del acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial. Perfeccionado el contrato por la voluntad social, y gestada la nueva persona jurídica, ésta asume derechos y obligaciones, adquiere composición orgánica, voluntad y patrimonio autónomo.

De otro lado, si bien he afirmado que toda sociedad nace de un contrato, de cuyo acto constitutivo se generan derechos y obligaciones entre la nueva persona jurídica creada y sus integrantes, debo recalcar que la sociedad, como producto de dicho acuerdo de voluntades, contará con capacidad propia y total autonomía de sus elementos conformantes, siendo necesario, para efectos de conformar la voluntad asociativa, el cumplimiento de los requisitos establecidos para la realización de todo acto jurídico, dispuestos en el artículo 140 del Código Civil.

Así tenemos que para efectos de conformar la voluntad social y constituir válidamente un contrato de sociedad, deberán intervenir agentes capaces, tener un objeto física y jurídicamente posible, contar con un fin lícito y observar la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

En cuanto a los requisitos particulares para la configuración del contrato de sociedad, se requiere de aportes, efectuados por los socios, pudiendo consistir en aportes dinerarios y no dinerarios, servicios profesionales, etc., dependiendo de la modalidad societaria adoptada; de ánimo societario, como criterio de vinculación entre sus socios, imprescindible para la conformación de una sociedad, salvo el caso de la constitución de sociedades anónimas por oferta a terceros, en los que se aprecia una clara distinción entre los llamados socios gestores, y los socios inversionistas, no existiendo en estos últimos ánimo societario, de finalidad económica, mas no *animus lucrandi*, dado que sus actividades necesariamente deberán ser económicas, pero no será indispensable la

búsqueda de un beneficio económico y personalidad jurídica, la misma que se logra desde su inscripción en el registro correspondiente y que mantiene hasta su extinción.

En cuanto a las características especiales del contrato de sociedad, debo señalar que es un contrato plurilateral, como consecuencia de las múltiples relaciones jurídicas derivadas del contrato social, tales como las prestaciones, derechos y deberes entre sus socios y la sociedad, sin que ello importe la concurrencia de prestaciones entre sus miembros; asimismo es un contrato de organización, ya que de toda sociedad nace una organización jurídica integrada por sus órganos sociales, sobre los cuales se apoya una organización administrativa y técnica. A través de la primera, la sociedad se vincula con terceros y, a través de la segunda, se administra internamente para la consecución de su finalidad social, administración y representación. Es también un contrato de tipo asociativo, diferenciándose de la asociación en participación, el consorcio y el *joint venture* en razón que es el único del cual nace una persona jurídica distinta a sus socios; se considera como un contrato de prestaciones concurrentes y autónomas entre la sociedad y sus miembros, según las cuales toda obligación o derecho entre un socio y la sociedad es totalmente independiente entre sí; y finalmente, es un contrato de intereses coincidentes.

(...), la Sociedad nace de un contrato producto del acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial, siendo el único contrato en virtud del cual nace una persona jurídica distinta a los sujetos participantes

El artículo 6 de la Ley General de Sociedades señala expresamente que la sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción, con lo que prácticamente consagra el carácter especial del acto constitutivo. Su registro e inscripción importa igualmente el goce de atributos inherentes a su

condición de sociedad, tales como ser un sujeto de derechos y obligaciones, contar con personalidad jurídica, adquirir capacidad legal para vincularse jurídicamente con otros sujetos de derecho, mediante la actuación de sus apoderados y representantes, etc.

Asimismo, constituye uno de sus atributos el derecho al nombre, como denominación o razón social, que dependerá estrictamente de su modalidad social. Por ser un derecho y a la vez un requisito indispensable para su constitución, la Ley General de Sociedades, protege la denominación o razón social como criterio de identificación de tales personas jurídicas.

Las sociedades tienen también un domicilio, el cual, según el artículo 20 de la Ley, será el señalado en el Estatuto. En él desarrolla algunas de sus actividades principales o instala su administración. En caso de discordancia entre el domicilio de la sociedad que aparece en el registro, del que efectivamente ha fijado, se puede considerar cualquiera de ellos. Al igual que en el artículo 15 de la Ley anterior, también se ha establecido que la sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país.

Sobre la duración de las sociedades, el artículo 19 de la Ley señala que ésta puede ser por plazo determinado o indeterminado y que salvo sea prorrogado con anterioridad, vencido el plazo determinado, la sociedad se disuelve de pleno derecho. Frente a ello, debemos señalar que el acuerdo de prórroga debe adoptarse antes del vencimiento del plazo de duración e incluso inscribirse en el Registro, lo cual constituye una novedad legislativa, vencido el plazo, la sociedad queda incurso en la causal de disolución prevista en el inciso 1) del artículo 407 de la nueva Ley, la misma que opera de pleno derecho.

Respecto de su nacionalidad, existen múltiples posiciones doctrinarias en el derecho internacional privado y en el derecho societario, que sustentan o desestiman el atributo de la nacionalidad de las sociedades. Sobre el particular concordamos con lo afirmado por Marchand Stens⁽⁷⁾ en el sentido que “respecto de las cosas como de las personas jurídicas debe entenderse el atributo de la nacionalidad, como una metáfora para indicar -tratándose de las cosas- el

lugar de origen, la nacionalidad del propietario o el régimen jurídico aplicable; y tratándose de las personas jurídicas -el estatuto que, jurídicamente subordina la vida y efectos de la entidad en una legislación determinada, por lo que no debe entenderse la nacionalidad en el sentido socio-político del término, sino como una alusión figurada para la operabilidad de determinado régimen jurídico”. Ello importaría el hecho que para efectos prácticos, no se podría reputar nacionalidad a las personas jurídicas como criterio de vinculación para el disfrute de derechos políticos, sino que nos llevaría a la conclusión contraria que las sociedades no cuentan con una nacionalidad determinada, a diferencia de los miembros que la componen, en el caso de ser personas naturales.

En cuanto al objeto o fin de la sociedad, el artículo 11 de la nueva Ley General de Sociedades establece como regla general que la sociedad circunscribe sus actividades a los negocios o actividades lícitas detalladas como su objeto social, entendiéndose incluidos los actos relacionados con el mismo, que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el Estatuto.

Como novedad legislativa, el artículo 12 de la ley regula los alcances de la representación ocupándose de los actos denominados *ultra vires*, protegiendo en virtud a ello, al tercero de buena fe que contrata con la sociedad. En efecto, si los representantes de una sociedad celebran determinados actos o contratos dentro de los límites de las facultades que le han sido conferidas, pero comprometiéndola en negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social, aquellos deben ser cumplidos por la sociedad. Esto en buena cuenta significa que si el directorio o la junta general de una sociedad anónima faculta a su gerente o apoderados a celebrar actos que exceden su objeto social, éstos obligarán definitivamente a la sociedad.

Respecto a los órganos sociales y representantes, es a través de éstos que las sociedades mercantiles ejecutan su objeto social, actuando a nombre y en representación de la sociedad y de acuerdo a los intereses sociales. Es por ello que el derecho distingue los actos acordes al objeto social, realizados por dichos

(7) Citado por Elías Laroza. En: *Derecho Societario Peruano*. Tomo I. Trujillo: Editora Normas Legales, 1999. pp. 31-32.

representantes en su ejercicio funcional, de aquellos realizados en beneficio propio y perjuicio de terceros, de sus socios o de la propia sociedad mercantil. Al ser la sociedad mercantil una entelequia jurídica provista de derechos y deberes, en no pocas oportunidades sus representantes, sus socios, o alguna sociedad vinculada, obtienen provecho de dicha condición, en cuyos casos se ha previsto como mecanismo de protección, la posibilidad de allanar la personalidad jurídica de la sociedad. Dicho tema será desarrollado *in extenso* en la parte final de la presente exposición.

Asimismo, en cuanto al patrimonio social, éste viene a ser el conjunto integral de activos y pasivos sociales, que varían constantemente durante la vida social. Aquellos activos que componen el patrimonio, por ende responden por las obligaciones de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios en aquellas formas societarias que así lo contemplan. En este orden de ideas, a diferencia del concepto anterior, el llamado capital social no expresa los activos de la sociedad, sino que, por el contrario, constituye una cifra del pasivo que determina la deuda de la sociedad frente a sus socios. Aún cuando este monto del capital importa un pasivo en favor de sus socios, por el hecho de haber efectuado aportes en su favor, constituyen del mismo modo una obligación diferida, como garantía de los acreedores sociales, que únicamente será reembolsada a los socios al momento de la liquidación de la sociedad, siempre que existan remanentes suficientes para cubrir la totalidad de deudas sociales.

Hemos dejado para el final, un tema de gran actualidad como es el desconocimiento de la personalidad jurídica, también conocido como el “levantamiento del velo societario”, en razón de la finalidad económica de las sociedades, y a la atribución de personalidad jurídica y patrimonio propio, resulta indispensable analizar si la protección legal otorgada a las mismas, y específicamente a sus miembros (llámense socios, sociedades vinculadas, etc.) es incuestionable y aplicable en todo supuesto.

Como bien refiere el tratadista español José Miguel Embid Irujo⁽⁸⁾, la consecuencia más importante de la

atribución de personalidad jurídica a la sociedad anónima, deviene en la irresponsabilidad de sus socios sobre las deudas sociales. En efecto, luego de la constitución de una sociedad anónima y más aún, con posterioridad al nacimiento de cualquier persona jurídica enmarcada en el régimen de responsabilidad limitada, tales entelequias jurídicas son consideradas sujetos de derecho totalmente independientes de sus miembros integrantes (entiéndase accionistas, socios, o titular del negocio, en el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada), diferenciándose sus actos decisorios, gestión y disposición de patrimonio.

Es por ello que resulta importante analizar si dicha irresponsabilidad deberá entenderse de manera intangible, en todo supuesto de hecho, o su aplicación debe encontrar ciertos límites, enmarcados en determinadas situaciones, que lejos de encontrarse reguladas o ser taxativas, deben analizarse en función a las circunstancias particulares.

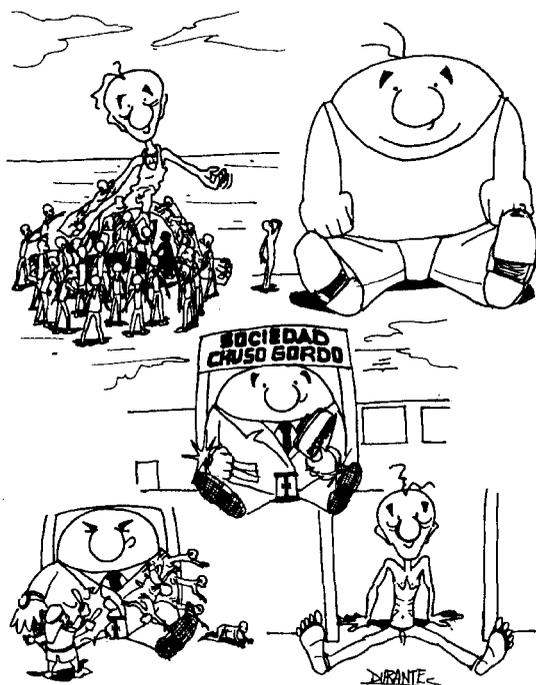
Se puede apreciar que la limitación de responsabilidad otorgada por el ordenamiento jurídico, como resultado del procedimiento de constitución y cumplimiento de formalidades de una determinada persona jurídica, no resulta absoluta, sino que se encuentra condicionada al cumplimiento de su objeto y función, y a su conducción y actuación según la forma prescrita por ley.

Debe resaltarse que a nivel doctrinario el referido análisis no es novedoso, ya que viene siendo tratado en el derecho norteamericano, alemán y español bajo diferentes denominaciones, tales como el desconocimiento de la personalidad jurídica, allanamiento, desestimación, levantamiento del velo societario o *disregard*. No obstante ello, nuestro examen resulta de especial interés en razón de la poca lejana tentativa de regulación e inclusión de dicha institución jurídica en nuestro ordenamiento legal, a través del proyecto de la Ley General de la Empresa⁽⁹⁾ y a la posible reforma que motivaría en nuestro Código Civil.

Si bien la teoría del levantamiento del velo jurídico o societario, del allanamiento de la personalidad, o

(8) EMBID IRUJO, José Miguel. *Grupos de Sociedades y Accionistas Minoritarios*. Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 1987. pp.1035 y ss.

(9) Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* (6 de mayo de 1999).



doctrina del *disregard*, encuentra sus orígenes en fallos jurisprudenciales norteamericanos del siglo XIX, observa su mayor desarrollo en el siglo pasado, a través del propio derecho anglosajón, acogándose posteriormente en el derecho alemán, en diversos ordenamientos legales europeos e incluso en el derecho argentino. En dichos regímenes normativos la práctica judicial y doctrinal comúnmente recurre a la referida institución, como *ratio decidendi* de numerosos fallos jurisprudenciales.

Es importante destacar que, el allanamiento de la personalidad nos plantea un ejemplo más del conflicto entre la justicia y 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. Del mismo modo, desconocer la personalidad jurídica de una determinada sociedad, sin sustentarse en supuestos

objetivos o normas legales y partiendo del análisis judicial de un caso determinado, coadyuva a la inseguridad jurídica de las instituciones cuestionadas, por lo que en tan delicada operación, los magistrados deberán apelar a nociones genéricas como las de “abuso del derecho” o “fraude a la ley”.

Como ya he mencionado, la institución jurídica analizada encuentra diversas denominaciones doctrinarias, tales como, “el allanamiento o desestimación de la personalidad societaria”, “la perforación o corrimiento del velo societario”, “la prescindencia o limitación de la personalidad jurídica”, “el *disregard*”, etc., ocupándose todas ellas de definir aquellas situaciones en las que se despoja a una determinada persona jurídica de su vestidura formal, con el objeto de responsabilizar directamente a sus miembros, cuando éstos hubieren dispuesto la utilización indebida de la sociedad, de forma abusiva o fraudulenta, en abierto perjuicio de terceros, con el ánimo de eludir obligaciones o burlar la ley.

Tal como señala Elías Laroza⁽¹⁰⁾, el desconocimiento de la personalidad jurídica permite a los jueces no tanto dilucidar hechos cometidos u ocultados por determinada sociedad, sino verificar aquellos actos irregulares perpetrados por sus socios o por una sociedad dominante, con el objeto de evitar la utilización de su cobertura formal en la comisión de delitos o lesión de intereses de terceros.

Según refiere Sergio Le Pera⁽¹¹⁾ respecto de la doctrina del *disregard*, o allanamiento de la personalidad, en ciertos supuestos puede prescindirse de la concepción de sociedad como una persona jurídica independiente y prestarse adecuada atención a los reales titulares o a los reales intereses que se actúan a través de la forma societaria, por ejemplo, cuando a través de ella se intentan eludir prohibiciones legales o contractuales, perjudicar o defraudar de alguna manera a acreedores o terceros, o burlar disposiciones del régimen familiar o sucesorio.

Es pertinente indicar que si bien el tema surge principalmente respecto del levantamiento del velo societario de una sociedad anónima, deberá también tenerse en cuenta por las razones antes mencionadas, que el allanamiento de la personalidad constituye una

(10) ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. cit. pp. 34-35.

(11) LE PERA, Sergio. *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*. Madrid: Editorial Astrea. pp.136 y ss.

figura perfectamente aplicable a todas aquellas personas jurídicas que limitan la responsabilidad de sus miembros, revistiéndolos de una barrera legal que proteja sus patrimonios frente a los actos realizados.

En cuanto a dicho extremo, existe cierta confusión en la doctrina nacional al tratar de asimilar los supuestos de aplicación del levantamiento del velo o allanamiento de la personalidad, para atribuir responsabilidad a determinados órganos integrantes de la administración de una persona jurídica (por ejemplo: en el caso de las sociedades anónimas, los miembros del Directorio y Gerencia) en situaciones en las que hubieren actuado en abuso del derecho o de forma fraudulenta contra los intereses y derechos de terceros y/o de los propios socios. Sobre el particular, tales situaciones no responden a los supuestos, ni al ámbito de aplicación de la figura jurídica analizada, dado que la responsabilidad derivada de dichos actos se encuentra enmarcada en el incumplimiento de los deberes propios de sus funciones, y no en la simulación o instrumentalización de la persona jurídica, mediante el amparo de su responsabilidad limitada, principalmente porque dicha condición jurídica no beneficia de forma directa a tales miembros de la administración, sino únicamente, en el caso de las sociedades anónimas, a una persona jurídica vinculada a ella que conduzca o domine sus actividades, o a sus propios accionistas.

De otro lado, debemos recalcar que en aras de la seguridad jurídica, la institución examinada debe considerarse como una excepción aplicable únicamente cuando los efectos del mantenimiento de la personalidad resulten intolerables para el derecho. Ello en parte explica que la desestimación de la personalidad no suele basarse en normas legales, sino que derive de las exigencias del caso concreto, analizado a la luz de supuestos más o menos delimitados en los que según la experiencia práctica y el sentir jurídico común, justifican *a priori* el efecto extraordinario del levantamiento del velo. Concordamos con lo afirmado por Embid Irujo⁽¹²⁾, en el sentido que los casos enunciados como elementos desencadenantes del levantamiento del velo, no son en realidad supuestos de hecho normativos en los que el legislador prefigura una determinada opción valorativa, como presupuesto necesario de la consecuencia jurídica

prevista, sino más bien circunstancias tendientes a comprobar la utilización indebida y defraudadora de una determinada persona jurídica.

Respecto de los supuestos de aplicación del allanamiento de la personalidad o levantamiento del velo, existen diferentes clasificaciones, en las que uniformemente se señalan los siguientes:

a) Cuando una persona jurídica no está dotada de capital (infracapitalización) u organización empresarial suficiente para el logro de sus fines, por la inadecuación notoria entre la cifra del capital y su objeto social.

b) Cuando se detecta un manejo promiscuo, defectuosa administración o estrecha conexión financiera.

c) Cuando se detecta un control pleno de la sociedad, por otra entidad, empresa o alguno de sus miembros, socios o titulares, de manera tal que su autonomía jurídica no tuviera realidad significativa.

d) Cuando exista confusión de patrimonios entre la sociedad, persona jurídica y sus socios o titulares.

En cuanto a la invocación del levantamiento del velo societario y su oportunidad de aplicación, tal como mencionáramos anteriormente, procederá cuando a través del régimen de responsabilidad limitada y formalidad de una persona jurídica se intenten eludir prohibiciones legales o contractuales, perjudicar o defraudar de alguna manera a acreedores o terceros, o burlar disposiciones del régimen familiar o sucesorio, y a mi entender, también procederá el develamiento del velo o allanamiento de la personalidad, en los supuestos de insolvencia de una determinada persona jurídica, para efectos de que la sociedad principal, sus socios, o titulares respondan por las deudas de la masa concursal.

Una vez levantado el velo, se abrirá a los acreedores sociales la posibilidad de dirigirse contra el patrimonio del socio o socios cuya irresponsabilidad por las deudas sociales queda así confrontada. Sin embargo, siguiendo en este tema a Le Pera⁽¹³⁾ respecto de la aplicación de la doctrina del *disregard* o allanamiento de la personalidad en los casos de insolvencia, sustentados en la jurisprudencia norteamericana, se presentan las siguientes posibilidades:

a) La Doctrina del caso *Deep Rock*: consiste en postergar el crédito del accionista principal y

(12) EMBID IRUJO, José Miguel. Op. cit. pp. 1039-1040.

(13) LE PERA, Sergio. Op. cit. pp. 142-145.

contratante hasta que sean satisfechos los demás acreedores, en virtud a que la insolvente se encontró bajo la dominación y control del accionista- acreedor corporativo, y además al hecho que el manejo financiero que éste había efectuado resultaba inadecuado e inconveniente para la realización de operaciones financieras. Existe una variante de la comentada doctrina que señala que debería aplicarse igual solución cuando el crédito fuera de otra sociedad que -sin ser necesariamente dominante de la insolvente- mantenga sus mismos accionistas.

b) La Consolidación Procesal: cuando se somete, en el curso de un procedimiento concursal y por razones de conveniencia, a todo un grupo de sociedades vinculadas con la insolvente, a una administración conjunta bajo la autoridad del juez del concurso. Considero esta opción incompatible con nuestra realidad jurídica, dado que importaría el tratamiento en conjunto de un determinado grupo de sociedades no necesariamente involucradas en los supuestos antes expuestos, ante la situación de falencia patrimonial de una sociedad vinculada.

c) La Consolidación Sustantiva: es el grado máximo de aplicación del *disregard* o allanamiento de la persona jurídica y consiste en la extensión de la responsabilidad a una o más sociedades o incluso a sus socios, respecto del pasivo de alguna de ellas, formándose una masa común.

Existe una serie de problemas que se derivan de la referida aplicación, tales como la injusta asimilación a tal figura, de los accionistas de las sociedades

responsabilizadas que fueron ajenos al grupo de control de la insolvente, y al propio derecho de los acreedores de las distintas sociedades implicadas, que no necesariamente debían conocer las quizá sutiles conexiones accionarias, financieras y de poder entre ellos; etc. En efecto, en cuanto a este último supuesto, la situación anómala en la que algún acreedor de las sociedades consolidadas, sustantivamente sea arrastrado injustamente a la masa común, aplicándosele el principio de igualdad de acreedores en contravención de sus derechos, configuraría una arbitrariedad muy difícil de evitar, surgiendo inmediatamente dudas respecto de las exigencias constitucionales de un debido proceso, surgidas principalmente en la determinación de las reglas de concurrencia de los acreedores.

La consecuencia más inmediata de la aplicación correcta de la figura examinada consiste en la supresión de la incomunicación patrimonial típica de las personas jurídicas de responsabilidad limitada, y específicamente de la sociedad anónima, estableciendo una excepción al régimen de separación de patrimonios entre éstas y sus miembros.

Por todas las razones expuestas, considero que esta última figura jurídica debe ser estudiada a profundidad de forma previa a su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico, por tratarse de una institución que será aplicada en el futuro en función a los indicativos y criterios que se establezcan para su determinación discrecional, encargada en un futuro a las autoridades jurisdiccionales y concursales nacionales. ^{AB}