

# ALGO SOBRE LA NUEVA LEY DE LA EMPRESA: EL LEVANTAMIENTO DEL VELO JURÍDICO<sup>1</sup>

Hugo H. Sifuentes Domenack<sup>2</sup>

*La inclusión en el proyecto de Ley General de la Empresa de la denominada "Teoría del Allanamiento de la Personalidad Jurídica" ha motivado al autor de este artículo, estudiante de nuestra Facultad y miembro de THEMIS - Revista de Derecho, a investigar los orígenes y naturaleza jurídica de la teoría del levantamiento del velo, así como las consecuencias de su aplicación. Con este propósito desarrolla conceptos fundamentales para el Derecho Privado, tales como la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada, cuyo análisis resulta indispensable para la mejor comprensión de la doctrina del levantamiento del velo. La conclusión del autor es clara: dicha doctrina debe aplicarse únicamente cuando otras defensas o instituciones no puedan evitar la producción de un abuso; sin embargo, existen en nuestro ordenamiento remedios adecuados para sancionar los agravios que la doctrina del levantamiento del velo pretende castigar.*

**SUMARIO:** 1. Nociones generales sobre la doctrina del levantamiento del velo jurídico. 2. Personalidad jurídica, Responsabilidad y Tipo. 3. La Sociedad y la responsabilidad frente a terceros. 4. Importancia de la Responsabilidad Limitada. 5. ¿Y cuándo quebramos la regla de la Responsabilidad Limitada? 5.1 En casos de confusión de patrimonios entre sociedad y socios. 5.2 En casos de control pleno de otra entidad o empresa. 5.3 En casos de infracapitalización. 6. ¿Por qué quebrar la regla? 7. ¿A quién protegemos? 8. Efectos del levantamiento del velo. 8.1 Desestimación de la Responsabilidad Limitada. 8.2 Inoponibilidad de la personalidad jurídica. 9. Consideraciones adicionales. 10. Alternativas al quiebre. 10.1 Responsabilidad de los agentes de la sociedad. 10.2 Seguro obligatorio. 10.3 Control administrativo. 11. Dificultades en la aplicación. 12. Legislación nacional. 13. Conclusiones.

*"Es frecuente comprobar que personas humanas, acerca de cuya inmensa fortuna nadie duda, no tienen a su nombre el automóvil que usan diariamente, ni siquiera acaso, su reloj pulsera. Una sociedad anónima... es la dueña aparente de todos los bienes... y de ese modo se burla a los acreedores, a la esposa que pide alimentos, o la liquidación de la sociedad conyugal..."*

Julio Dansen

<sup>1</sup> A mis amigos de THEMIS, por enseñarme cada día que es mejor avanzar en conjunto que por encima de otros. El presente artículo contiene algunos textos que en idioma original son del inglés. Sus traducciones, por motivos de claridad expositiva, no pretenden ser exactas al original.

<sup>2</sup> Alumno de 7mo. Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Jefe de prácticas de Derecho Civil y Derecho Comercial en la Pontificia Universidad Católica y en la Universidad de Lima. Miembro de THEMIS - Revista de Derecho.

Cuando tuvimos la oportunidad de revisar el proyecto de Ley General de la Empresa, que viene siendo discutido por la Comisión Encargada de la reforma de nuestro casi inaplicable y obsoleto Código de Comercio (vigente desde principios de siglo) uno de los temas que llamó nuestra atención fue la inclusión, a través de esa vía, de la denominada teoría del "allanamiento de la personalidad jurídica."<sup>3</sup>

Muchas pueden ser las dudas que pueden surgir tras la inclusión de nuevas instituciones jurídicas en algún ordenamiento. Por ese motivo, es necesario llegar a conocer la naturaleza, aplicación y consecuencias prácticas de la institución a incluirse, para tener una base sólida sobre la cual se nos permita reconocer si es adecuada o no su inclusión dentro del ordenamiento en el cual será incluida.

En todo caso, es considerado como más sencillo el trasladar instituciones de ordenamientos foráneos por el sólo hecho de considerarlos "más modernos" frente al nuestro, llegando al facilismo de traducir normas y hacerlas imperativas por el simple hecho de provenir de legislaciones, en teoría "más elaboradas" que la propia.

## 1. NOCIONES GENERALES SOBRE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO JURÍDICO

La teoría del levantamiento del velo jurídico<sup>4</sup> fue una construcción elaborada primariamente por las cortes norteamericanas y, con posterioridad, acogida por diversos ordenamientos legales, con la finalidad de que, en ciertos supuestos, los miembros de una persona jurídica no utilicen de manera inadecuada la personalidad propia de la sociedad o los efectos que de la misma derivan. Probablemente, una de las primeras apreciaciones sobre el tema nos remontan en el tiempo mucho más lejos de lo que podríamos pensar. Así, el mismo Platón en el Libro Segundo de La República señalaba que "para esca-

par de las pesquisas, se pueden organizar sectas y hermandades".

A pesar de lo expuesto, en el ordenamiento norteamericano -al igual que en el nuestro- se reconoce como regla general la responsabilidad limitada de las personas jurídicas. La regla de la responsabilidad limitada señala que los inversores no están obligados a responder por cantidades mayores a las que ellos invierten, siendo la responsabilidad limitada el principio fundamental del Derecho "corporativo".<sup>5</sup>

La mencionada regla general de la responsabilidad limitada frente a las deudas sociales fue recogida por nuestro ordenamiento para algunos supuestos, siguiendo una corriente aceptada de manera unánime, desde hace algunos años. Pero, recientemente, a raíz del uso fraudulento de la persona jurídica, ésta regla empezó a quebrarse.

Muchas veces, debido a la escasez de los recursos y a la necesidad de mayores beneficios, -en ambos casos, no sólo monetarios- la conducta humana tiende a realizar actividades que le resulten más eficientes, esto es, las que nos generan mayores ventajas en una relación de costo-beneficio. Pero, "incluso desde un punto de vista estrictamente económico la mejor decisión no siempre es la que nos reporta más dinero",<sup>6</sup> en todo caso, mayor beneficio.

Inclusive, con respecto a este tema, algunos autores han desarrollado la caricatura del *homo economicus*. Este personaje es un "seudo-hombre" que solamente tiene en mente, al realizar cada actividad, el lograr la mayor utilidad luego de desarrollar un riguroso estudio costo-beneficio de los resultados.

"... El *homo economicus* es lamentablemente inadecuado para las demandas que plantea la vida social, tal como la conocemos. Probablemente, todos nosotros conocemos a alguna persona que coincide más

<sup>3</sup> Esta es la denominación con la cual se recoge a esta institución en la sumilla del artículo VII del Título Preliminar del mencionado proyecto, denominación que, consideramos, no es la más adecuada en relación a sus efectos y consecuencias, como expondremos luego.

<sup>4</sup> En algunos ordenamientos es también conocida como del "alzamiento del velo de la persona jurídica" (*piercing the corporate veil*), o del "desconocimiento de la entidad legal" (*disregard of legal entity*), o más descriptivamente como "ver al hombre tras la máscara" (*to see the man behind the mask*) entre sus denominaciones más comunes.

<sup>5</sup> EASTBROOK, Frank H. y FISHER, Daniel R. *Limited Liability and the Corporation*. En: *University of Chicago Law Review*. Vol. 52 (1985). Este artículo forma parte de los Materiales de Enseñanza del curso de Temas de Derecho Mercantil: Regulación de la Sociedad Anónima Abierta, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las grandes corporaciones -*corporations*- y su regulación, son la base del sistema económico-comercial norteamericano. En todo caso, diversos autores han señalado la posición que sólo las llamadas *corporation* presentan *legal entity* -criterio semejante a nuestra institución denominada "sujeto de derecho"- porque consideran que las otras formas empresariales, como las llamadas *partnership*, son sólo consideradas un contrato entre sus miembros. En el presente trabajo, generalmente nos remitimos a las sociedades como forma empresarial comúnmente utilizada, pero esto no implica que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo sea aplicable a otras formas de organización empresarial.

<sup>6</sup> FRANK, Robert. *Microeconomía y Conducta*. Ciudad de México: McGraw - Hill, 1992. p. 10.

o menos con la caricatura del *homo economicus*. Y nuestra máxima prioridad es, la mayor parte del tiempo, evitarlas.

Lo paradójico del caso es que ser una persona puramente interesada lleva consigo un grado tal de aislamiento social que no sólo es malo para los términos del alma, sino también del bolsillo. Para tener éxito en la vida, incluso en términos puramente materiales, debemos ser capaces de trabajar en equipo, de establecer alianzas y relaciones de confianza. Pero ¿qué persona sensata estaría dispuesta a confiar en el *homo economicus*?<sup>7</sup>

A lo expuesto añadimos, como señala Younkings que “el logro de la prosperidad tiende a premiar el comportamiento ético”,<sup>8</sup> aspecto que no sólo se refleja en el ámbito social, sino y de sobremanera, en las relaciones de mercado.

El éxito en los negocios no sólo requiere, sino que también premia, el comportamiento virtuoso de aquellos que participan en el mercado. El libre mercado premia a aquellos hombres de negocios que son amables, cooperadores, tolerantes, abiertos, honestos, realistas, confiables, creativos, con capacidad de discernimiento, justos. Mintiendo y engañando, mostrando falsas apariencias a los consumidores y maltratando a los trabajadores se sufrirán serias consecuencias adversas,<sup>9</sup> incluyendo las diversas sanciones que el ordenamiento jurídico les imputaría por realizar tales conductas. Es más, si a lo expuesto añadimos, tal como lo ha expuesto la doctrina, que “no toda persona jurídica es un fraude, pero también es ciertísimo que los grandes fraudes se cometen con el instrumento de la persona jurídica”,<sup>10</sup> vemos que ciertos criterios de ética comercial –o buena fe en los negocios como lo denominan algunos otros- y del uso fraudulento de los beneficios que competir en el mercado nos ofrece se van relajando.

Por tal motivo, además de las sanciones sociales en las cuales se incurrirían, es muy probable, en los

casos de personas jurídicas, tal como lo señala descriptivamente Maurice Wosmer que a pesar de la mencionada regla de responsabilidad limitada, “cuando el concepto de personería jurídica (*corporate entity*) se emplea para proteger”, entre otros “a los bribones y delincuentes, los tribunales podrán prescindir de la traba de la persona jurídica y estimarán que la sociedad es un conjunto de hombres y mujeres que participan activamente en tales hechos y harán justicia entre personas reales”.<sup>11</sup>

De esta manera podemos señalar, tal como lo hace Ricardo de Angel, que la teoría del levantamiento del velo jurídico se presenta:

“... si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza (con) una finalidad fraudulenta y de forma desajustada, respecto de lo que constituye la justificación de dicha figura, los tribunales podrán descartarla o prescindir de ella o de alguna de las consecuencias que de la misma (derivan), como pueden ser la de separación absoluta entre persona social y cada uno de sus socios, con la respectiva separación de sus respectivos patrimonios.”<sup>12</sup>

Cabe señalar, tal como lo expone Krakman, que la vaguedad de la doctrina del levantamiento del velo jurídico hace de su aplicación algo realmente difícil; tanto así que lo único en que coinciden las cortes es que el uso de esta doctrina debe ser muy excepcional,<sup>13</sup> porque tal como indicamos, la regla general en el Derecho de las Personas Jurídicas es la de separación de patrimonios, a la cual incluimos además, la de separación legal entre los miembros que la conforman y la persona jurídica en sí, como ente diferenciado –este último- de atribución de derechos e imputación de obligaciones.

Por ese motivo, bien señala Butler que la responsabilidad limitada es “el más grande descubrimiento de los tiempos modernos, más precioso que el vapor o de la electricidad”, ya que ante todo permitía reunir grandes capitales que los hombres individualmente no poseían, facilitaban las empresas au-

<sup>7</sup> Ibid, op cit p. 22.

<sup>8</sup> YOUNKINS, Edward. Negocios y ética en una sociedad libre. Publicado en el Diario “El Peruano”. (19 de noviembre de 1997). Traducción del artículo publicado en *The Freeman*, publicación de *The Foundation for Economic Education*. (noviembre de 1997).

<sup>9</sup> Ibid. loc cit.

<sup>10</sup> SERICK, Rolf. Citado por: DIAZ CAPMANY, Felipe. La Doctrina del Levantamiento del velo de la persona jurídica en el proceso de creación del Derecho. Barcelona: Rosaljai, 1996. p. 88.

<sup>11</sup> Citado por PUERMA ACCORSI, Alvaro. Sociedades. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996. p. 93.

<sup>12</sup> De ANGEL YAGUEZ, Ricardo. La Doctrina del Levantamiento de la Persona Jurídica en la Reciente Jurisprudencia. 2ª Ed. Madrid: Editorial Civitas. p. 18. Citado en BULLARD GONZALES, Alfredo. ¿Cómo “vestir un santo sin desvestir otro”? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes. En: THÉMIS – Revista de Derecho. 2da. Epoca. No. 33 (1996). p. 168.

<sup>13</sup> KRAAKMAN, Reinier. *Corporations. Cases and Materials*. Harvard Law School, 1990. p. III-63. Citado en BULARD, loc cit.

daces y riesgosas, pues sus componentes podían afrontarlas con la tranquilidad de que el fracaso no suponía la ruina de todo su patrimonio, sino solamente la pérdida de su aporte social.<sup>14</sup>

Abriendo paso a la utilización de la citada excepción de manera indiscriminada, podemos pasar a asumir una nueva regla de unicidad de patrimonios, con la consiguiente responsabilidad ilimitada, con consecuencias sumamente dañinas. Es más, hoy en día es inimaginable una comunidad económicamente fructífera sin señales de responsabilidad limitada en su actividad económica.

## 2. PERSONALIDAD JURÍDICA, RESPONSABILIDAD Y TIPO

Como bien ha señalado Garrigues acerca de las empeñadísimas controversias que suscitaron el atribuirle a las sociedades mercantiles, incluida la colectiva<sup>15</sup> la categoría o no de persona jurídica, es ya indiscutible que una vez constituidas, tendrán personalidad propia en todos sus actos y contratos.<sup>16</sup>

La discusión surge cuando comúnmente, tanto en la doctrina como en la *praxis*, podemos advertir una confusión en el alcance de diversos términos, los cuales, aunque generalmente se encuentran ligados, no necesariamente definen lo mismo.

En muchos casos, el criterio de personería jurídica se ha relacionado al de la responsabilidad limitada de las mismas, que como bien señala Dobson son dos concepciones que “no nacen

conjuntamente, no se dan necesariamente simultáneas, ni derivan de los mismos institutos, pero evidentemente han sufrido un proceso de íntima relación que ha sido beneficioso para el desarrollo de una noción que abarca a ambas, a saber, la persona jurídica de responsabilidad limitada”<sup>17</sup>. Pero, en muchos casos, como veremos en el punto (4) del presente trabajo, existe la posibilidad de sociedades con plena personería jurídica, y en las cuales todos, o algunos de sus socios, sean responsables ilimitadamente con su propio patrimonio, y no solamente con el que invierten en la sociedad a través de su aporte.<sup>18</sup>

Como vemos, el concepto de personería jurídica, como bien señala Pineda León envuelve “la capacidad de las sociedades para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismas, y con absoluta independencia de los derechos y obligaciones de los socios”,<sup>19</sup> pero dependiendo del tipo societario elegido, su responsabilidad puede ser limitada o no, frente a las deudas sociales.

Bajo los criterios expuestos, la utilización de sociedades con responsabilidad ilimitada, (que contienen criterios que en doctrina se denominan personalistas) se encuentra en constante decrecimiento; en contraposición a las sociedades capitalistas, las cuales incrementan su utilización, por motivo de la responsabilidad limitada en su tipificación. En tal sentido, hacemos nuestra la posición de Uría M. cuando señala la clara tendencia a la posible futura desaparición de las sociedades con criterios personalistas, al afirmar que “en Europa las sociedades personalistas están terminadas, excepto en

<sup>14</sup> Citado por: BORDA, Guillermo. Manual de Derecho Civil. Parte General. 8ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1976. p. 304

<sup>15</sup> Tanto en la legislación societaria nacional, como en la española, se reconoce que los socios de la sociedad colectiva—la más personalista de las sociedades comerciales—respondan solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales. Artículo 285 de la Nueva Ley General de Sociedades (NLGS).

<sup>16</sup> GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. 7ª ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1981. p. 347-348. Es necesario considerar lo expuesto por parte de la doctrina europea, sobre todo moderna doctrina española, en el sentido de que “es particularmente cierto que en relación a las llamadas sociedades personalistas (...) sólo puede hablarse de separación patrimonial entre sociedad y socios en un sentido relativo”. (EMBED IRUJO, José Miguel. Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la Ley de Sociedades Anónimas. En: Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta. Tomo I. Valencia: Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia, 1995. p. 1026). De opinión muy similar es Girón Tena al señalar que “cuando se habla de personalidad jurídica se dice que hay una subjetivación de alguna clase”, y añade que en los diversos tipos societarios existe “un tratamiento distinto de subjetivación”. GIRON TENA, José. Derecho de Sociedades. Parte General. Tomo I. Madrid, 1976. p. 164. Un enfoque detallado sobre el tema en cuestión, desde una perspectiva histórica y a través del método comparado, se puede encontrar en: LE PERA, Sergio. Sociedad y persona jurídica. En: Revista jurídica La Ley (1989-A) p. 1084-1099.

<sup>17</sup> DOBSON, Juan. El abuso de la Personalidad Jurídica. (En el Derecho Privado). Buenos Aires: Depalma, 1985. p. 61. Como ya ha sido señalado anteriormente, en primer lugar por Ripert, y posteriormente por Girón Tena, “la barrera societaria, o la separación jurídica de las personas y los patrimonios de la sociedad respecto de las de sus miembros, fue una de las concreciones más brillantes del derecho renacentista: permitió la formación de grandes sociedades y la disposición de importantes capitales para encarar empresas que más parecían aventuras que negocios”. Citados ambos por: LOPEZ MESA, Marcelo. El abuso de la personalidad societaria y la doctrina de la desestimación (El presente de una institución veinte años después de su apogeo). En: Revista Jurídica La Ley (1995-A). p. 115.

<sup>18</sup> Cfr. con el cuadro N. 1 del presente trabajo.

<sup>19</sup> PINEDA LEÓN, Pedro. Principios de Derecho Mercantil. 2ª ed. Mérida: Selecta, 1952. p. 326.

Alemania, donde la *Kommanditer Gesellschaft* tiene algún sentido, fundamentalmente por razones fiscales", y asimismo agrega que "las sociedades personalistas y las propias cuentas en participación van en camino a la desaparición en los mercados desarrollados"<sup>20</sup>.

En todo caso, al encontrarse regulada en nuestro ordenamiento, la forma societaria como *numerus clausus*, el empresario deberá optar exclusivamente por alguno de los tipos previstos en nuestra legislación. Es así que, de encontrar el registrador una sociedad que pretenda inscribirse bajo un tipo novedoso, diferente a los previstos en la ley societaria, deberá denegar su inscripción en el Registro de Personas Jurídicas.<sup>21</sup> Una sociedad con un tipo diferente a los previstos será sancionada. La atipicidad es sancionada con la nulidad.<sup>22</sup>

### 3. LA SOCIEDAD Y LA RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS

Los diversos tipos societarios cumplen funciones disímiles dentro de diversas manifestaciones de la actividad económica. Mientras algunos se encuentran ligados al desarrollo de actividades de grupos de profesionales, como las sociedades civiles; en cambio otros, se encuentran ligados al desarrollo de pequeñas empresas familiares, como la sociedad comercial de responsabilidad limitada; mientras otros reciben la inversión de múltiples inversionistas para el desarrollo de mega empresas, inclusive multinacionales, como la sociedad anónima abierta.<sup>23</sup>

El legislador, teniendo presente esta diversidad de funciones, ha decidido proveer de diferentes rangos de responsabilidad, a los diversos tipos societarios. (Ver cuadro).

Como vemos, en cada tipo societario, el grado de responsabilidad varía. Así, no por el hecho de encontrarnos frente a un tipo societario de responsabilidad ilimitada implicaría la inexistencia de personería jurídica. En todo caso, no necesariamente bajo la existencia de personería jurídica encontraremos responsabilidad limitada; pero sí, en todos los casos de responsabilidad limitada encontraremos necesariamente una persona jurídica, por lo menos, en nuestro ordenamiento vigente.

Inclusive, desde hace algunos años, autorizadas voces han abierto la posibilidad de atribuir a la empresa la categoría de persona jurídica.<sup>26</sup> Fernández Sessarego define a la empresa como (1) una organización personas, que realizan (2) una actividad en común, para la consecución de (3) un fin valioso, diferenciándola de los conceptos de sociedad y persona jurídica.

El profesor Fernández señala que la empresa es un sujeto de Derecho, entendido como centro unitario ideal de referencias jurídicas, mientras que las personas (tanto naturales como jurídicas) son categorías específicas de sujetos de Derecho. Las organizaciones de personas, las irregulares, de hecho y las no inscritas u oficialmente no reconocidas, son sujetos de Derecho, aunque carecen de personería jurídica,

<sup>20</sup> URÍA M., Rodrigo. La nueva Ley General de Sociedades y el Derecho del Mercado. Entrevista. En: THEMIS - Revista de Derecho. Segunda Época. No. 37 (julio de 1998). p. 9.

<sup>21</sup> Recordemos que la sociedad adquiere su personalidad jurídica, y por consiguiente la respectiva responsabilidad limitada -en los casos previstos- a partir de su inscripción en el Registro respectivo. Artículo 6 de la NLGS.

<sup>22</sup> Posición particular es la de Sánchez Calero al señalar que la atipicidad no sólo vulnera normas imperativas del Derecho de Sociedades, la seguridad del tráfico y de terceros; y sin embargo, añade que dentro de la forma societaria "las necesidades del tráfico nos demuestran la deformación de esos tipos sociales, de tal manera que dentro de un mismo tipo social aparecen subespecies (o subtipos) que dan lugar a modalidades muy diversas, según el empleo que se hace de ellos. Se produce una polivalencia funcional de los tipos sociales." (SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. Introducción, Empresa y Sociedades. Tomo I. 20ma. ed. Madrid: Mc Graw Hill, 1997. p. 216-217). Cabe indicar que consideramos existentes diversas formas de hacer empresa, entre ellas, la forma societaria; en ésta última se presentan diversos tipos societarios, los tipificados por Ley; aunque, como señala parte de la doctrina, pueden presentarse diversos subtipos societarios al interior de los tipos regulados por nuestra NLGS.

<sup>23</sup> De posición muy similar es URÍA, cuando señala que "la existencia de diversos tipos sociales no obedece a un capricho del legislador; responde, por el contrario, a razones económicas muy poderosas". Cfr.: URÍA; Rodrigo. Derecho Mercantil. 24ta. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 175.

<sup>24</sup> Son aplicables a la sociedad en comandita simple las disposiciones relativas a la sociedad colectiva, siempre que sean compatibles con sus normas particulares. Artículo 281 de la NLGS.

<sup>25</sup> Son aplicables a la sociedad en comandita por acciones las disposiciones relativas a la sociedad anónima, siempre que sean compatibles con sus normas particulares. Artículo 282 de la NLGS.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Subjetividad de la Empresa. En: Nuevas tendencias en el Derecho de las personas. Lima: Universidad de Lima, 1990. p. 347 y ss.

<b>PLENA PERSONERIA JURIDICA</b>	<b>TIPO SOCIETARIO</b>		<b>RESPONSABILIDAD</b>	<b>BASE LEGAL</b>
	Sociedad Colectiva (S.C.)		Solidaria e ilimitada de todos los socios	Art. 265 NLGS
	Soc. en Comandita Simple (S. en C.) <sup>24</sup>	Socios Colectivos	Solidaria e ilimitadamente	Art. 278 NLGS
		Socios Comanditarios	Hasta el monto de su aporte	Art. 278 NLGS
	Soc. en Comandita por Acciones (S. en C. por A.) <sup>25</sup>	Socios Colectivos	Solidaria e ilimitadamente	Art. 278 NLGS
		Socios Comanditarios	Hasta el monto de su aporte	Art. 278 NLGS
	Soc. Civil Ordinaria (S. Civil)		Personal, subsidiaria, con beneficio de excusión y, salvo pacto, en proporción a sus	Art. 295 NLGS aportes
	Soc. Civil de Responsabilidad Limitada (S. Civil de R.L.)		Hasta el monto de su aporte	Art. 295 NLGS
	Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (S.R.L.)		Hasta el monto de su aporte	Art. 283 NLGS
	Sociedad Anónima	Cerrada (S.A.C.)	Hasta el monto de su aporte	Art. 51 NLGS
Abierta (S.A.A.)		Art. 51 NLGS		

la cual es obtenida por las organizaciones de personas tipificadas por ley.<sup>27</sup>

Existen dos casos especiales a los que brevemente quisiéramos hacer mención. Estos son los referentes a las sucursales y a las sociedades irregulares.<sup>28</sup>

En el caso de las sucursales, creemos, se presenta un pleno sujeto de Derecho, siguiendo el criterio anteriormente señalado; inclusive, en aspectos tributarios, las sucursales mantienen contabilidad propia, porque al realizar actividad permanente en el país, son considerados "domiciliados tributarios", tributando de manera independiente a la

principal, y por tanto, teniendo plena capacidad para adquirir derechos e imputarle obligaciones, aunque por criterios propios a su función comercial, presentan responsabilidad ilimitada respecto a la matriz.

La Nueva Ley General de Sociedades (NLGS) se ha pronunciado en el sentido que la sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal.<sup>29</sup> En principio, quien contrata con la sucursal, contrata directamente con la matriz, esto es, con una extensión espacial de la empresa que le da origen, siendo imputables a la matriz tanto sus derechos, como sus obligaciones.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Fernández Sessarego señala que tal opción es la recogida por el legislador italiano de 1942. En resumen, el mencionado autor diferencia a los sujetos de Derecho de la personería jurídica, y a su vez diferencia a la empresa de la sociedad y de la persona jurídica.

<sup>28</sup> No hacemos referencia al consorcio y a la asociación en participación, porque tal como lo señala la propia NLGS y parte de la doctrina, son éstas dos formas empresariales que implican sólo contratos de colaboración empresarial, sin crear personería jurídica alguna por lo cual exceden el marco del presente trabajo. Artículo 438 y ss. de la NLGS

<sup>29</sup> Artículo 396 de la NLGS.

<sup>30</sup> Como vemos, al encontrarnos frente a un pleno sujeto de derecho no necesariamente nos encontramos frente a una persona (recordemos el caso del concebido, bajo nuestra legislación civil), tal como lo señala el profesor Fernández Sessarego; pero, creemos además que la personería jurídica así como es obtenida por las organizaciones de personas tipificadas por ley, también puede no reconocerla, cuando la propia ley lo prevé, como en este caso.

El segundo caso es el de las sociedades irregulares, el cual nos presenta un problema adicional, al estar plenamente reguladas por nuestra legislación. Como vemos, creemos en la presencia de un sujeto de Derecho que mantiene su personería jurídica hasta el momento de la inscripción de la extinción en el registro respectivo.<sup>31</sup> El efecto de la irregularidad es la anulación de los beneficios de la responsabilidad limitada, para los administradores y gerentes, de manera general, y extensible a los socios, si la causal de irregularidad existe desde la constitución.<sup>32</sup> El problema de la irregularidad se manifiesta porque presenta diversos plazos para regularizar la sociedad, y por consiguiente, diversos los posibles momentos en los que se perdería el beneficio de la responsabilidad limitada.<sup>33</sup>

#### 4. IMPORTANCIA DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

Tanto en la doctrina nacional como extranjera<sup>34</sup> se señala como razones principales para mantener el criterio de responsabilidad limitada, entre otras, las que detallamos a continuación:

- La responsabilidad limitada permite una eficiente diversificación, minimizando riesgos. Si es que el accionista responde solamente por el importe que invierte, tendría opción de invertir en diferentes empresas, porque tendría la seguridad de que no responderá todo su capital en cada una de ellas (maxime si consideramos que toda actividad económica es riesgosa). De ésta manera se facilitan decisiones óptimas de inversión en el mercado, basándonos en el riesgo mismo de la actividad y no en otras circunstancias, llegando el inversionista a obtener un diversificado portafolio de inversión.

- Además, reduce el costo de monitorear a otros accionistas. En el caso de responsabilidad ilimitada, tendría el accionista que verificar constantemente las labores de los otros miembros, e inclusive, revisar constantemente la capacidad de respuesta ante una fuerte deuda social. En ese caso, un accionista despreocupado, podría responder vía el levanta-

miento del velo por las consecuencias de acciones que él no realizó, y probablemente de las que incluso no tuvo conocimiento.

- La responsabilidad limitada reduce el costo de monitorear a los tecnócratas. Con el desarrollo cada vez mayor de las empresas dedicándose a actividades de mayor diversificación, los titulares de acciones no serán los únicos encargados de manejar la administración de la misma. Los accionistas necesitarán gente preparada, equipos de trabajo especializados –tecnócratas- en cada área que invierten, para valerse de sus conocimientos en cada rama, y administrar de manera más eficiente la empresa, lo que origina que los accionistas se desliguen de su administración y deleguen esta función.

- Asimismo, favorece el libre intercambio de acciones, y por ésta vía crea incentivos a los tecnócratas para actuar eficientemente. Como hemos señalado, con la responsabilidad limitada, se favorece a los inversionistas a tomar un mayor número de decisiones de inversión en el mercado. Siguiendo ese criterio, los inversionistas comprarán y venderán sus acciones, invirtiendo en las que consideren más rentables en un momento determinado. Generalmente, con el cambio de titularidad en las empresas, los nuevos accionistas traerán también un nuevo equipo de trabajo –nuevos tecnócratas- con los cuales buscarán maximizar los beneficios que la empresa obtiene. Los tecnócratas realizarán un mejor trabajo, buscando que las empresas en las cuales laboran sean cada vez más fuertes, y así evitar una posible adquisición de terceros que implique una pérdida del puesto de trabajo.

- Los precios en el mercado nos brindan información adecuada sobre el valor de las empresas, reflejan las utilidades futuras, y no la capacidad que tengan los accionistas, respondiendo con todo su patrimonio, por las eventuales deudas sociales. En este caso, el valor de mercado no es el valor de la empresa, sino el valor de la capacidad de pago de sus miembros.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> Cfr. artículo 6 de la NLGS.

<sup>32</sup> Artículo 424 de la NLGS.

<sup>33</sup> Ver artículos 4 y 423 de la NLGS.

<sup>34</sup> En el ámbito nacional, ver: BULLARD, op cit. p. 155 y ss; así también, EASTBROOK y FISCHER, op cit.

<sup>35</sup> Asimismo BULLARD, en el trabajo mencionado, señala como beneficios adicionales de admitir el levantamiento del velo, en casos de responsabilidad extracontractual, a los siguientes:

- La responsabilidad limitada ayuda a colocar los riesgos sobre las partes que están en mejor capacidad de asumirlos.
- La responsabilidad limitada reduce los costos de transacción. (BULLARD, op cit p. 158-159).

En resumen, podemos señalar de manera personal, que la actividad empresarial se volvería mucho más ineficiente, riesgosa y costosa en un mundo supuesto de responsabilidad ilimitada, no sólo en las relaciones internas de la sociedad, sino también en sus relaciones externas.

Así tenemos, en el ámbito de las relaciones internas, que se elevarían, en primer lugar, los costos de agencia. Los costos de agencia<sup>36</sup> son los que se incurren en la vigilancia y control de los agentes de administración, esto es, directores y gerentes, en sentido particular, y a todo personal de dirección y representación de la empresa (a los cuales incluimos por separado porque la normatividad societaria nacional sólo regula, como órganos de administración, a los primeros). Asimismo se elevan los costos de monitoreo de los mencionados agentes y además, de todo miembro de la sociedad, inclusive los demás socios y empleados de todo rango.<sup>37</sup>

En el ámbito de las relaciones externas, se elevan los costos de agencia en otras empresas en las cuales invierto, y a la vez los costos de transacción con las empresas con las cuales realizo actividades comerciales de toda índole. En éstas últimas debo verificar, no sólo la capacidad de respuesta a las deudas de toda sociedad con la cual pretendo contratar, sino también, la capacidad de los socios para asumir obligaciones, e inclusive verificar la actitud de los órganos de dirección en el manejo de la sociedad.

Como vemos, un mundo de responsabilidad ilimitada no respondería a las necesidades económicas de ningún mercado, y por este motivo, menos aún puede ser propuesto por el Derecho, ya que entendemos que no es posible el desarrollo económico dentro de un marco de presencia exclusiva de empresas de responsabilidad ilimitada. Pero, podría

considerarse extrema nuestra posición si es que admitimos, como veremos a continuación, que la doctrina del levantamiento del velo es sólo una excepción, y no una regla; aún así, muchas veces, me gusta ser extremista.

## 5. ¿Y CUÁNDO QUEBRAMOS LA REGLA DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA?:

La dificultad de darle a ciertos supuestos una consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento, es un tema de discusión no sólo para el Derecho Comercial, sino inherente a toda rama del Derecho. La dificultad se debe principalmente, o a la vaguedad del supuesto tipificado, a la variedad de supuestos que la realidad nos presenta, a la impredecibilidad; e inclusive, a la incoherencia de muchas conductas humanas. La naturaleza humana siendo impredecible y variable, nos revela que las consecuencias jurídicas de nuestros actos no pueden, en su totalidad, estar previstos expresamente en normas legales.

Lo señalado no implica que, en muchos otros casos, la doctrina sea fácilmente asimilable a supuestos previstos. Pero en otros no lo sería tanto. En todo caso, la doctrina norteamericana<sup>38</sup> ha buscado agrupar las diversas posibilidades en las cuales se ha presentado esta teoría, sin perjuicio de que se hayan presentado en algunas otras que no son mencionadas en el siguiente listado. Pero, son éstos los casos en donde mayor facilidad han tenido las cortes para levantar el velo:<sup>39</sup>

### 5.1 En casos de confusión de patrimonios entre sociedad y socios

Estos casos son recurrentes bajo la utilización de sociedades cerradas o familiares, y poco probables en sociedades abiertas o públicas -las segundas son

<sup>36</sup> Para mayor información, ver: COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. En: *Económica* (1971); así también: JENSEY, Michael y MECKLIN, William. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency costs and Ownership structure*. En: *Journal of Financial Economics*. Vol. 305 (1976); y también, HANSMANN, Henry. *Ownership of the Firm*. En: *Oxford University Press, Journal of Law, Economics and Organization*. Vol. 4 (1988). Todos los trabajos mencionados forman parte de los Materiales de Enseñanza del Curso de Temas de Derecho Mercantil: Regulación de la Sociedad Anónima Abierta, en la Pontificia Universidad Católica. En sede nacional pueden revisarse los trabajos de SALINAS RIVAS, Sergio. *Fondos Mutuos, Información Asimétrica y Regulación de Mercados: Un enfoque de los costos de transacción*. En: *THÉMIS - Revista de Derecho* No. 33. Segunda Época (diciembre de 1995). p. 118; y también, *La participación de los trabajadores en el proceso de privatización de empresas públicas: Un breve ensayo sobre teoría de las organizaciones económicas*. En: *THÉMIS - Revista de Derecho* No. 34. Segunda Época (julio de 1996). p. 135

<sup>37</sup> La doctrina reconoce que los costos de agencia se componen de tres elementos: el ya mencionado costo de monitoreo, así como los costos de garantía, en los cuales incurren los agentes para asegurar a los titulares de la Empresa que no van utilizar la organización en beneficio propio, y el costo residual, porque difícilmente puede lograrse un control efectivo.

<sup>38</sup> Cfr. EASTBROOK y FISCHER, op cit.

<sup>39</sup> Cabe resaltar que seguimos la clasificación y denominación expuesta por Embid Irujo, y no la expuesta por Easterbrook y Fische, a pesar que en esencia no encontramos marcada diferencia. Cfr.: EMBID IRUJO, op cit p. 1038 y ss. EASTBROOK y FISCHER, op cit p. 69. Estos últimos realizan una clasificación en base a tres posibilidades: Sociedades cerradas frente a sociedades públicas; accionistas personales frente a corporativos; y en casos de responsabilidad extracontractual, abuso de derecho o fraude a la Ley.



denominaciones alternativas utilizadas por la doctrina-. En todo caso, no nos referimos a la nueva nomenclatura utilizada en nuestra NLGS sobre Sociedades Anónimas Cerradas o Abiertas, sino las que ambas representan.<sup>40</sup>

La razón principal para utilizar la doctrina del velo, en este primer caso, es que en las sociedades de carácter cerrado o familiar, la separación entre titularidad de la sociedad y gestión es mucho más tenue que en las sociedades abiertas o públicas. En las sociedades cerradas, quienes aportan capital se encuentran más involucrados en el proceso de decisión de las actividades sociales.

Asimismo, me atrevo a señalar que, en el caso peruano, la doctrina podría ser aplicable no sólo en supuestos societarios, sino además, en el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la cual no es sociedad pero es una persona jurídica de responsabilidad limitada y en la que los criterios de tipificación de las sociedades cerradas o familiares son fácilmente aplicables.<sup>41</sup> También me atrevo a expresar lo mismo en casos de contratos asociativos, como los de consorcio o asociación en participación, recogidos por nuestra NLGS, a pesar de no presentarse la creación de persona jurídica alguna ya que se les regula como un tipo especial - y por ahora típico- de contratación empresarial.

## 5.2 En casos de control pleno de la sociedad por otra entidad o empresa

Los mismos criterios y razones expuestas para el caso anterior pueden ser aplicables en casos, no sólo de concentración empresarial vertical, sino incluso, horizontal. De esta manera, lo expuesto sería aplicable no sólo en casos de filial o subsidiaria, inclusive sucursal o agencia (en el sentido doctrinal del término y no en referencia a nuestra legislación bancaria vigente) frente a la matriz, sino también en casos de empresas hermanas.

En tal sentido se aplicaría no sólo a las empresas dependientes, económica o legalmente por otra, controlando sus decisiones, sino también, en casos de sociedades formalmente diferenciadas, pero, en las que una tercera empresa controla, económica o legalmente a otra, como en el caso de una *holding*.

## 5.3 En casos de infracapitalización

La infracapitalización se presenta en los casos de desproporción entre el riesgo inherente a la actividad social de la empresa y el capital social, que en teoría es un capital de garantía ante eventuales deudas sociales. En esos casos, como el ejemplo expuesto por Bullard,<sup>42</sup> podemos señalar, que las compañías de taxi demandadas (que tenían un mismo titular) laboraban en el mercado con un capital social tan bajo que no cubría una posible reparación de algún accidente ocasionado por alguna de ellas.

Probablemente, las materias en las cuales el juez está más dispuesto a levantar el velo sean las de Responsabilidad Extracontractual, Derecho Laboral, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones porque, por su propia naturaleza, son ramas del Derecho mayormente protectoras de una parte de la relación jurídica. En todo caso, al presentarse la persona humana como un individuo mutable e impredecible, la lista realizada no podría tener carácter cerrado. Incluso, como veremos luego, en nuestro ordenamiento vigente, ramas como el Derecho Penal o el Tributario recogen la citada posibilidad.

## 6. ¿POR QUÉ QUEBRAR LA REGLA?

Las motivaciones para que un individuo utilice de manera inadecuada la personalidad jurídica societaria y sus efectos pueden ser variadas, como variadas son las opciones a seguir. En todo caso existen algunos supuestos principales en los cuales se puede quebrar la regla y levantar el velo. Así podríamos mencionar, como supuestos aglutinadores, los casos de (1) abuso de derecho, en las

<sup>40</sup> Las diferencias básicas expuestas por la doctrina para diferenciar ambos tipos de sociedades son establecidos bajo tres criterios: criterios de forma, como el número de socios, la cuantía del capital y la cotización en bolsa o llamamiento a la inversión pública; criterios de fondo, debido a que, en las sociedades cerradas, los accionistas se unen bajo tenues criterios personalistas de unión y no sólo en búsqueda de capital como en las sociedades abiertas, lo cual explica la presencia de cláusulas de restricción y limitación a la transferencia de acciones; y en tercer lugar, criterios económicos, debido a que en las sociedades abiertas los individuos que dirigen la sociedad son miembros ajenos a los titulares de la misma; en cambio, en las sociedades cerradas los titulares de la gestión y propiedad de la sociedad son generalmente los mismos. (Ver NGO BA THANH. La Sociedad Anónima Familiar. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1963. p. 185-192). Bajo los criterios expuestos podemos señalar, en sentido lato, que sólo las Sociedades Anónimas Abiertas reflejan el mencionado carácter público o abierto de llamamiento a los inversionistas. En contraste, los otros diversos tipos societarios reflejan el carácter cerrado o familiar, tal como lo señala la profesora Ngo Ba Thanh.

<sup>41</sup> Con mayor razón señalaría lo expuesto de existir, en nuestro ordenamiento legal, sociedades unipersonales como se presenta en el caso de la legislación societaria española vigente desde 1995.

<sup>42</sup> BULLARD, op cit.

modalidades de (1.1) abuso de la personalidad jurídica, o (1.2) abuso de alguna consecuencia que de la personería misma derivan, como es el caso de la responsabilidad limitada de sus miembros; o en los casos de (2) fraude a la ley.

Asimismo, podríamos generalizar que en los citados casos, la intención bien podría ser o (A) eludir una norma general, como una norma legal o norma de orden público; o (B) eludir una obligación particular, mayormente de naturaleza contractual; o de manera general, (C) vulnerar derechos de terceros.

## 7. ¿A QUIÉN PROTEGEMOS?

Pueden manifestarse, como vemos, diversas posibilidades de individuos que pueden ser dañados al utilizar inadecuadamente la forma societaria y sus efectos. Así, la doctrina del levantamiento del velo nos puede ayudar a proteger, siguiendo el criterio anteriormente expuesto, derechos de (1) personas vinculadas a través de normas generales, de (2) personas vinculadas a través de normas particulares, básicamente de naturaleza contractual, o (3) derechos de la minoría.<sup>43</sup>

## 8. EFECTOS DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, en casos de levantamiento del velo, han señalado efectos diferentes en su aplicación. Un primer aspecto a tener en consideración es el hecho de que al acceder al levantamiento del velo, se afecta el acto impugnado en concreto, y en todo caso, "levantar el velo no significa anular la sociedad".<sup>44</sup> la cual, seguirá ejerciendo su actividad; pero, en el acto específico impugnado se presentará cualquiera de las dos siguientes consecuencias:

### 8.1 Desestimación de la Responsabilidad Limitada

En este primer supuesto no se afecta en ningún momento la personalidad jurídica adquirida por la

sociedad, lo que se desestima, en el caso concreto, es la responsabilidad mas no la personalidad de la sociedad. Obviamente, lo antedicho es aplicable sólo a casos donde el tipo societario nos presenta responsabilidad limitada. Sería ilógico considerar este supuesto en casos de sociedades colectivas, por ejemplo.

### 8.2 Inoponibilidad de la subjetividad

En este segundo supuesto no se deja de lado la diferenciación entre los sujetos de Derecho presentes, en todo caso, no se descarta; sino que, en estricto, es simplemente inoponible. Así, la subjetividad es inválida en el caso concreto, imputándose directamente los efectos a los socios. En sentido estricto lo inoponible no es la personalidad, sino la subjetividad, la cual implica la diferenciación de sujetos. Por tal motivo es que creemos aplicable este efecto en concreto del levantamiento del velo a casos donde no existe personería jurídica, como las sucursales por ejemplo. En este supuesto se considera que existe una sola persona real, siendo imputado el acto a la persona que se encuentra tras la persona jurídica.

Tal como vemos existen efectos diferentes, aunque ligados en el levantamiento del velo porque existen conceptos diferentes: subjetividad, personalidad y responsabilidad limitada. En tal sentido, bajo el estudio de la jurisprudencia existente, doctrina diversa ha manifestado la mencionada diferenciación.<sup>45</sup> Por tal motivo creemos adecuada la denominación de levantamiento del velo, la cual englobaría ambos efectos y no simplemente el del allanamiento de la personalidad jurídica, tal como lo señala el proyecto de Ley de la Empresa, que recogería sólo uno de los efectos de la presente teoría.

## 9. CONSIDERACIONES ADICIONALES

De la revisión de la jurisprudencia sobre el tema, y de acuerdo a doctrina especializada en la materia, podemos señalar algunos criterios adicionales en referencia a la doctrina del levantamiento del velo. Así, podemos señalar, entre otros que:

<sup>43</sup> Para una visión más amplia del tema del abuso de derecho en contra de la minoría, en sede nacional, puede revisarse: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Algunas consideraciones respecto de la responsabilidad de los directores y gerentes de una sociedad y el problema del denominado abuso de la mayoría. En: THÉMIS 37 (julio de 1998). p. 47-50.

<sup>44</sup> PUELMA ACCORSI, Alvaro. Op cit. p. 92

<sup>45</sup> La doctrina argentina es la que ha mencionado, de manera mas clara, la mencionada diferenciación. Podría revisarse el mencionado tema en diversos trabajos: ROQUE VITOLLO, Daniel. La personería jurídica en materia societaria. En: Revista Jurídica La Ley (1990-D). p. 834 y ss.; LOPEZ MESA, op cit. p. 1124 y ss.; y también, GRISPO, Jorge. La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. En: Revista Jurídica La Ley (1997-B). p. 964 y ss. En el mismo sentido, aunque bajo una perspectiva ligeramente diferente se ha pronunciado DOBSON, op cit. p. 16-17. Dobson habla sobre desestimación absoluta, en los casos de inoponibilidad, y de desestimación relativa, en los casos desestimación de la responsabilidad.

- Siendo la aplicación de la doctrina una excepción y no la regla, en caso de dudas, deberá descartarse su utilización.<sup>46</sup>

- La doctrina no puede disponerse de oficio, sino que los socios o terceros deben invocarla.<sup>47</sup>

- La doctrina del levantamiento del velo es aplicable tanto a cuestiones de Derecho Público, como de naturaleza privada.<sup>48</sup>

- La doctrina no sólo debe aplicarse para sancionar a la persona jurídica, sino también a su favor.<sup>49</sup>

- La doctrina puede aplicarse no sólo en casos de sociedades comerciales, sino también, en todo caso de personas jurídicas, tales como los de sociedades personalistas, personas jurídicas civiles -asociación fundación o comité-, o de cualquier otro tipo, e incluso, en casos de corresponsalías, agencias o sucursales y uniones de empresas sin personería jurídica.<sup>50</sup>

Asimismo se ha señalado que existen diversos criterios de conexión que hacen posible el levantamiento del velo, sobretodo en los casos de confusión de patrimonios y de control pleno de una sociedad. Algunos de ellos son expuestos por Díaz Capmany en un reciente trabajo que toma como base jurisprudencia española reciente.<sup>51</sup>

El autor señala que existen factores de conexión de imagen, como los de denominación idéntica, o simplemente parecida, rótulo del establecimiento, anuncio como sucursal, apariencia frente a terceros, expresiones globalizadoras, factores de conexión económicos, como la participación conjunta en la administración, pertenencia a un mismo *holding*, ingresos cruzados en cuentas corrientes, contratación de pólizas de seguro sobre daños del otro; factores de conexión de conducta, como la inactividad o inoperancia del consejo de administración, falta de contabilidad independiente, adopción de decisiones por otro, actuación por cuenta de ambos; de personal,

como la sucesión de vínculos laborales; de ubicación, celebración de consejos y realización de actos en el mismo domicilio; de comportamiento procesal, como la aportación de documentos pertenecientes al otro, aceptación sin protesta de emplazamientos y requerimientos, como algunos ejemplos.

## 10. ALTERNATIVAS AL QUIEBRE

A pesar de considerar la utilización de la doctrina del levantamiento del velo como una excepción, "su aplicación en casos concretos, puede dar lugar, no sólo a una inseguridad jurídica manifiesta, sino también a privar de efectos al beneficio de la responsabilidad limitada vinculada al riesgo empresarial y que, en definitiva, ha sido uno de los elementos que ha contribuido al progreso económico".<sup>52</sup> En tal sentido sería sumamente difícil aceptar una excepción con el riesgo de convertirse en la regla; incluso, parte de la doctrina concluye que, hacer responsables a los accionistas de la sociedad, hayan tenido funciones de control o no, es una barbaridad, supone poner en tela de juicio el principio de limitación de la responsabilidad, y el mercado sin limitación de la responsabilidad no existe,<sup>53</sup> opinión que compartimos.

Inclusive, muchas grandes sociedades han llegado a obtener mayor patrimonio que muchos pequeños Estados, y así también, en palabras de Henry Manne, "la moderna gran sociedad anónima, abierta a muchos pequeños accionistas, no podría existir sin responsabilidad limitada. Si los accionistas pueden ser requeridos a aportar una cantidad ilimitada de capital adicional, los inversionistas se verían obligados a realizar pequeñas inversiones" y añadimos, en un número menor de empresas. En la línea interpretativa seguida, creemos que lo más aconsejable es descartar la posibilidad de existencia de la responsabilidad ilimitada; inclusive auguramos la

<sup>46</sup> GRISPO, op cit. p. 966.

<sup>47</sup> Cfr.: LOPEZ MESA, op cit p. 1123 y 1125. Parte de la doctrina se ha manifestado en el sentido de que sólo el afectado, sea accionista o tercero, puede solicitar el levantamiento del velo. GUTIERREZ ZALDIVAR, Alvaro. La desestimación de la personalidad en las sociedades comerciales. En: Revista jurídica La Ley. Tomo 147. (jul-set de 1972). p. 1049.

<sup>48</sup> Ibid op cit. p. 1123.

<sup>49</sup> Ibid loc cit.

<sup>50</sup> Cfr.: EMBID IRUJO, op cit. Nota al pie 32. p. 36; y también, DÍAZ CAPMANY, op cit p. 111. Embid se pronuncia sólo para el caso de fundaciones; Díaz Capmany en los casos de corresponsalías, agencias o sucursales, e incluso de uniones de empresas sin personería jurídica.

<sup>51</sup> DIAZ CAPMANY, op cit. p. 125 y ss.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ CALERO, op cit p. 230.

<sup>53</sup> URÍA M., op cit p. 11.

posible futura eliminación de tipos, por lo menos eminentemente empresariales, de responsabilidad ilimitada.

En todo caso, la doctrina americana<sup>54</sup> ha señalado tres opciones de protección a los perjudicados por la utilización indebida de la personería jurídica que no implican el levantamiento del velo, estos son:

### 10.1 Responsabilidad solidaria de los agentes de la sociedad

Probablemente, el hacer responsables a los agentes -directores y gerentes- por los daños que podrían ocasionar, en casos como los expuestos, sea un medio disuasivo para comprometer una eficiente labor de éstos y así evitar los abusos señalados. En tal supuesto argumentaría dos posibles críticas a esta opción. La primera en el sentido de que se elevarían los costos en honorarios de sobremanera, si es que el agente puede hacerse responsable directo por acciones que incluso, probablemente, no fueron de su conocimiento; y segundo, así acepte hacerlo, lo más lógico sería aceptar su posible pedido de un seguro que cubra los mencionados riesgos. En ambos casos, lo que obtendríamos sería un aumento de costos sustanciales en el manejo interno de la empresa, lo cual iría, no en su beneficio, sino en su perjuicio.

### 10.2 Seguro obligatorio

Un seguro obligatorio para afrontar posibles demandas sobre este tipo de asuntos podría ser una segunda solución. Siguiendo la ya mencionada línea de pensamiento expuesta en el acápite anterior la opción del seguro acrecienta costos que no benefician en ningún sentido al desarrollo de la Sociedad, utilizando capital de manera improductiva, cuando se podría invertir ese capital en los negocios sociales. Como vemos, la posibilidad de seguro no sería solicitada sólo por los agentes, sino también, por los propios miembros de la persona jurídica.

### 10.3 Control administrativo

Las opciones de control más que beneficios siempre traen inconvenientes en materia empresarial. La sola creación de mecanismos de control, salvo en casos muy específicos, mas que generar protección en el mercado desincentiva el interés de inversión. Controlar cada actividad empresarial aletarga y

dificulta el desenvolvimiento de una empresa en una economía que, como la peruana, busca ser competitiva y de libre iniciativa en el manejo empresarial.

En todo caso, no debemos descartar mecanismos ya existentes en nuestra legislación con los cuales creemos poder obtener los mismos resultados. Estos mecanismos podrían ser los de abuso del derecho o fraude a la Ley, los cuales son la categoría general del cual proviene la teoría del levantamiento del velo, la cual es la aplicación concreta de tales supuestos en materia societaria.

## 11. DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN

Algunas de las principales dificultades que ubicamos al momento de aplicar la doctrina del levantamiento del velo son, entre otras, las siguientes:

- Existen diversos intereses presentes entre los accionistas al interior de una misma sociedad. Así, como hemos manifestado en otra sede,<sup>55</sup> podemos distinguir entre accionistas de mando, con ánimo de permanencia y con intención de dirigir la marcha social, con el objetivo de obtener mayores utilidades a mediano plazo, y los accionistas especuladores que no buscan involucrarse en la dirección de la marcha social ni laborar en ella, debido a que su intención es el *plus* de diferencia que obtienen al revender sus acciones en el corto plazo, inclusive, en el mismo instante, presentándose múltiples variantes. En tal sentido, no todos los accionistas dirigen la sociedad, muchos ni siquiera están enterados de las actividades de la misma, y por consiguiente, no nos parecería viable hacerlos responsables por actos que no cometieron, incluso no conocieron.

- Bajo ese mismo criterio, existe personal especializado, al interior de las empresas, dedicado a dirigir la administración de la sociedad (administradores, gerentes, y en sentido amplio, personal de dirección y representación de la sociedad como personal de confianza, representantes legales, apoderados, entre otros), por lo que se manifiesta innecesario que los propios accionistas la administren personalmente. Así, siguiendo el criterio expuesto anteriormente, al ser sólo algunos pocos individuos los que dirigen la sociedad, muchos otros, por su propia función económica al interior de la misma, ni siquiera están en la práctica enterados de todas las activi-

<sup>54</sup> EASTERBROOK y FISHE, op cit p. 70 y ss.

<sup>55</sup> SIFUENTES DOMENACK, Hugo H. ¿Puede prescribir el derecho de ser socio? En: Tribuna (en prensa).

dades de la sociedad, y por consiguiente no nos parecería viable hacerlos responsables por actos que no cometieron, incluso, que no conocieron.

Creemos, tal como lo indica Garrigues, que "el socio no está obligado a colaborar personalmente en la consecución del fin social, ni es conveniente, desde el punto de vista económico, darle derecho a colaborar cuando la sociedad está compuesta por miles de participantes".<sup>56</sup> Si el socio no colabora no lo hace por negligente, sino por cuestiones de manejo empresarial, en un mercado cada vez más competitivo y especializado, que impiden su participación en todas las empresas en las cuales invierte.

- La pluralidad de individuos existente al interior de la empresa dificulta la individualización de los sujetos que cometen conductas prohibidas. Es sustancial al desarrollo empresarial que las empresas se desarrollen con la presencia de diverso personal especializado. Muchas veces el crecimiento de la presencia de la empresa en el mercado implica la contratación de un mayor número de personal. Muchas empresas, aunque la tendencia podría considerarse hoy contraria, exigen la presencia de numeroso personal para un manejo eficiente de sus recursos. Por tal razón ubicar de manera concreta al individuo que realiza una conducta fraudulenta al interior de una empresa es sumamente difícil.

- Probablemente, los criterios de justicia que sustentan la doctrina del levantamiento del velo nos obliguen a remitirnos a una pregunta que no por ser de fácil solución implique una inutilidad práctica. ¿A quién hacemos responsable, a los accionistas de la demanda, a los accionistas al momento de la sentencia, al momento de originarse el daño, todos los accionistas? La respuesta parece evidente, a pesar de haber sido materia de discusión jurisprudencial.<sup>57</sup> Creemos que debe hacerse responsable al accionista que ocasionó directamente el daño, o tomó la decisión, y sólo a ellos, mas no al resto de miembros de la persona jurídica.

- Respondida la pregunta anterior cabe mencionar la manera por la que responderán los accionistas que ocasionaron el daño o tomaron la decisión. Esta manera de responder puede ser dentro de la responsabilidad ilimitada, de manera solidaria, o de manera proporcional a sus aportes. Aparentemente, siguiendo los criterios en juego, sería más justa la

segunda opción, pero que nos vuelve a mostrar diversas dificultades cuando son miles los accionistas que tomaron la decisión, o cuando su aporte es mínimo.

En todo caso, de la manera como se pretende regular en nuestro ordenamiento el levantamiento del velo, no se tomaría en cuenta ninguna de las dificultades expuestas, tomando en cuenta un enunciado general que no soluciona ninguna de sus múltiples aristas. La opción a seguir deberá ser tomada por cada operador jurídico en el caso concreto, lo que implicaría una gran dosis de inseguridad, que en el plano comercial no es lo más aconsejable.

## 12. LEGISLACIÓN NACIONAL

Dentro del ámbito privado, en el cual incluyo al Derecho Civil y Comercial, no es probable encontrar, por el momento, norma alguna que nos permita desarrollar la doctrina del levantamiento del velo jurídico. Dejar de lado la opción legislativa de la persona jurídica como ente de imputación autónomo, y de ser su tipología como ente de responsabilidad limitada, es improbable desde nuestra legislación vigente; por eso el tratamiento novedoso en el proyecto de Ley de la Empresa y en el proyecto de Código Civil que son parte aún de discusión.

Tampoco creemos probable señalar la potestad judicial de ir en contra de los citados preceptos por vía del control difuso, por no considerar que se encuentran en contra de principios constitucionalmente recogidos. Pero, en el ámbito penal, encontramos una salida que nos permite aplicar la doctrina, en casos que deriven de ilícitos penales. (Ver artículo 140 del Código Penal)

En al ámbito tributario, probablemente también encontremos fundamentos para utilizar la doctrina, pero me remitiré a los especialistas en la materia para que desarrollen a profundidad el tema.

Pero, en todo caso, creemos que podemos obtener iguales beneficios a través de figuras tales como el abuso del derecho y fraude a la Ley, recogidos ambos en nuestro Código Civil. Ambas instituciones permitirían una indemnización, de manera directa, por parte del sujeto que ocasionó el daño o abuso de su posición. Posición que ya viene siendo discutida en la doctrina y jurisprudencia extranjeras.

<sup>56</sup> GARRIGUES, Joaquín Curso de derecho Mercantil, op cit. p. 518.

<sup>57</sup> Como en el famoso caso Barcelona Traction Light Power Company Limited. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, entre España y Bélgica, en 1970.

### 13. CONCLUSIONES

No quisiera concluir el presente trabajo sin volver a señalar la preocupación, compartida con algunos autores, en el sentido que convertir una excepción en regla tiene un límite muy débil de traspasar. En palabras de Vélez Sarsfield “toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye en juez del abuso, no tardaría en convertirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”<sup>58</sup>.

Así también, podemos señalar como resumen de todo lo manifestado, y como también lo señala la doctrina analizada a lo largo del presente trabajo, que el levantamiento del velo se presenta donde se encuentra o abuso de la personalidad jurídica o fraude a la Ley, y ambos tienen mecanismos de sanción plenamente consagrados dentro de nuestro ordenamiento.<sup>59</sup> En tal sentido creemos que la utilización de la doctrina del velo debería ser aplicable “sólo cuando otras defensas o instituciones ordinarias no contemplan la cuestión o no evitan la producción de un abuso”<sup>60</sup>; pero, “existen diferentes institutos e instituciones cuya aplicación implica la desestimación de la personalidad jurídica”<sup>61</sup>.

En todo caso, que la doctrina del levantamiento del velo sea el instrumento más adecuado para lograr proteger los intereses del mercado, de manera general, y de socios, acreedores o terceros, de manera particular, parece, *a priori*, discutible.<sup>62</sup> En tal sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han manifestado al respecto cuando señalan que “si existiese abuso de personalidad jurídica, o se hubiese acudido a un fraude para eludir una norma, bajo la aparente cobertura de otra, esos antijurídicos procedimientos serían encajables en las instituciones del abuso del derecho, o fraude a la Ley, con la necesaria prueba de la existencia de un daño”<sup>63</sup>.

En todo caso, de la manera como se pretende incluir la doctrina del levantamiento del velo en nuestro ordenamiento nos parece demasiado general como para no crear un marco de seguridad lo suficientemente sólido para el desarrollo aún incipiente de nuestro mercado.

En nuestro Código Civil se ha recogido las figuras de abuso del derecho y múltiples formas de nulidad y anulabilidad del acto jurídico, para casos de lesión, fraude, excesiva onerosidad, entre otros, que aunque probablemente no nos permitan obtener beneficios idénticos a los del levantamiento del velo, nos brindan soluciones similares -en muchos casos suficientes- para lograr los mismos objetivos, a través de la indemnización u otras figuras. En ese caso, incluir figuras novedosas con ciertos márgenes de inseguridad en su aplicación, no parece ser la opción más correcta.

Como último punto sería pertinente señalar la preocupación adicional que la aplicación de textos específicos y la interpretación de principios, para realizarse eficazmente, deben ser desarrollados por manos diestras. Todo aplicador del Derecho, y sobre todo los jueces, deben estar preparados para afrontar las nuevas demandas de un comercio ágil, dinámico y global, con herramientas sólidas debidamente elaboradas. Por tal motivo, la preparación y estudio constante de las nuevas tendencias académicas, jurisprudenciales y de legislación comparada debe ser la premisa máxima de todo agente jurídico.

Es muy probable que las opiniones vertidas se presenten contrarias a una corriente académica divergente en sede nacional,<sup>64</sup> incluso, un primer error evidente en el presente trabajo sea el exceso de citas y remisiones a trabajos previos, con lo que se intenta fortalecer la opinión de alguien que todavía es alumno; por tal motivo, nuevas luces sobre el presente

<sup>58</sup> Citado por: GUTIÉRREZ ZALDIVAR, op cit. p. 1046.

<sup>59</sup> Cfr. Artículos II del Título Preliminar, y 195 y ss. del Código Civil.

<sup>60</sup> De igual opinión es, en Argentina: LÓPEZ MESA, op cit p. 1122; en Uruguay: PÉREZ FONTANA. La presidencia de la personalidad jurídica. En: Revista de Derecho Comercial. No. 207. Montevideo (1967). p. 86 y ss.; inclusive, en España, los tribunales utilizan nociones genéricas como las de “abuso del Derecho” o “fraude a la Ley”, las cuales permiten salvar el déficit valorativo propio de los supuestos fijados por la doctrina, tal como lo señala: EMBID IRUJO, op cit p. 1039.

<sup>61</sup> DOBSON, op cit p. 23.

<sup>62</sup> EMBID IRUJO, op cit p. 1042.

<sup>63</sup> DIAZ CAPMANY, op cit p. 114. El autor cita la sentencia del 22 de octubre de 1988 (Ar. 7631) de la Sala Civil del Tribunal Supremo Español.

<sup>64</sup> Cfr.: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Capacidad y Responsabilidad Civil de la Persona jurídica. En: Ius et Veritas (en prensa); y del mismo autor: Una aplicación de los “Abusos de Derecho” en la experiencia jurídica: El problema del abuso de la personalidad jurídica. En: Gaceta jurídica. Tomo 17 (mayo de 1995), y las citas en ellos vertidas.

tema, serán estudiadas, en mejora del mismo, en adelante.

Asimismo, como hemos podido apreciar, el objetivo de nuestro trabajo no ha sido el de cerrar puertas, bosquejando opiniones personales en algo hasta cierto punto novedoso en nuestro ordenamiento que trae consigo el proyecto de Ley de la Empresa, en este caso, la inclusión de la doctrina del levantamiento del velo; sino que, el propósito del mismo es abrir el debate sobre la materia, introduciéndonos a algunos puntos primarios que sirvan de base a futuros trabajos.

Para concluir, quisiera hacer propia la siguiente apreciación:

"El Derecho no es algo que esté ahí y que hay que descubrir sino, más bien, es algo por hacer, que hay que inventar dentro de los límites impuestos por el texto de la Ley. El Derecho nunca está totalmente hecho. La fuerza de la interpretación correcta no está en la letra muerta de la Ley sino en el espíritu del intérprete que la vivifica. El jurista no puede ser el servidor sumiso del legislador, o de la Escuela, o de la doctrina aceptada sino que tiene que asumir el papel de héroe trágico y proseguir, a su propio riesgo, la tarea de creación permanente del Derecho. Ahora bien, si la aplicación del Derecho no es tanto una disciplina que descubre o que entiende, sino un obrar que crea y que transforma, el Derecho no es una ciencia, es un arte. Como la guerra".<sup>65</sup>

<sup>65</sup> De TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La muerte del Legislador. En: Revista Jurídica del Perú. Año XLV. Nro. 2 (abr-jun 95). p. 39 y ss.