

TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO: ¿ES APLICABLE EN EL DERECHO PERUANO?¹.

CARLOS ENRIQUE QUIROGA PERICHE²

I. INTRODUCCIÓN.

La teoría del levantamiento del velo societario es una invención del Derecho Angloamericano que surge como solución a nivel judicial frente a los fraudes cometidos por los miembros teniendo como cobertura a las personas jurídicas.

Esta teoría tiene carácter excepcional y residual, es decir que sólo opera cuando no haya otra forma de proteger a los acreedores³. Los supuestos de aplicación de esta teoría es muy amplia, abarcando Derecho Civil, Comercial, Concursal, Sucesiones, Familia, etc.

Ante esto, nos inquieta la posible incorporación de esta teoría al Derecho Peruano, en vista de la adhesión a esta teoría por los tribunales de países de tradición romano-germánica; y a los estudios de autores nacionales que reclaman su regulación legislativa.

II. LA PERSONA JURÍDICA.

Fernández Sessarego analiza el Concepto de Persona Jurídica dentro de la teoría tridimensional del derecho. Para él, sujeto de Derecho es tanto el ser humano individualmente concebido como aquel que comprende una pluralidad de personas. La Persona Jurídica debe ser entendida como el resultado de la interacción dinámica de sus dimensiones sociológico-existencial, axiológico y formal-normativo⁴.

1. ¿Qué clase de objeto es la persona Jurídica?.

Como expone Fernández Sessarego⁵, no se ha dicho qué es una persona Jurídica, siempre hemos desviado nuestra orientación a preguntarnos lo que **no es**. Analizando lo prescrito en el Artículo 78° del C.C. (Código Civil) concluye que estamos ante un objeto **IDEAL**; pues la persona jurídica es un objeto irreal, que no está en la experiencia, y es neutro al valor.⁶

Al arribar a esta conclusión el autor se pregunta: ¿los objetos ideales pueden ser sujetos de derecho? **NO**⁷, sólo los seres humanos pueden ser sujetos de Derecho, por lo que critica la indebida redacción de esta norma.

¹ Extracto de la Tesis para optar por el título de Abogado presentado por el autor titulada: "El Uso abusivo de la Responsabilidad Limitada. Protección de los acreedores de una Sociedad Anónima frente al uso abusivo de la Responsabilidad Limitada de los socios, sin afectar la subjetividad jurídica de la sociedad", Universidad Nacional de Trujillo, Facultad de Derecho, Trujillo, 2004, 187 pp.

² Abogado.

³ Se ha dicho "El resultado último de esta doctrina no es levantar el velo de la sociedad sino la protección de los derechos de terceras personas" RUIZ TOLEDANO, José Ignacio. El Fraude a la Ley y otros supuestos de Elusión fiscal. CISS, Valencia, 1998, p. 243.

⁴ Vid. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Visión tridimensional de la Persona Jurídica. En Revista Jurídica del Perú, Año XLV N° 4, Octubre – Diciembre 1995, Trujillo. Cd. "Revista Jurídica del Perú", p. 5 de 7.

⁵ Vid. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. ¿Qué clase de objeto es la Persona Jurídica? En Actualidad jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 112. Marzo 2003, p. 9-10

⁶ Esto es un análisis normativo; mas si le cambiamos de perspectiva y aprehendemos a la persona jurídica como "herramienta" utilizada por el hombre para lograr sus fines, dentro del mismo esquema de objetos presentados, sería un objeto cultural. En el derecho angloamericano es a partir de esta consideración, es decir de "herramienta" que se construye la teoría del levantamiento del velo. En nuestro derecho no es aplicable, al ser la persona jurídica un **sujeto de derechos**.

⁷ Nos preguntamos también por los objetos culturales y arribamos a la misma respuesta del autor: No

De lo que se trata es que apartándose del Derecho común y mediante un régimen de *excepción*, se privilegia a una organización de personas (que la denominamos “jurídica”) para el sólo efecto de que los derechos y deberes que contraen sus miembros no recaigan en cada uno de ellos sino que se deriven a un ente *ideal*, al que se le conoce a través de la expresión lingüística. Para lograr ello se exige la formalidad de la inscripción en el registro público.

2. La llamada personalidad o capacidad de la Persona Jurídica.

El Dr. Carlos Fernández Sessarego⁸; hace notar la costumbre, que ha existido y que persiste hasta la actualidad, entre los juristas y operadores del Derecho de confundir a la “persona” con la “personalidad”⁹ y a la “capacidad”, así como la generada entre los conceptos de “persona” y “sujeto de derechos”.

La persona¹¹ es un ente –lo somos cada uno de los seres humanos- por lo que se constituye en el sujeto de Derecho. Mientras que la personalidad vendría a ser tan solo la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar “*manera de ser*”.

La identidad personal está constituido por su código genético (identidad estática) y la construcción de su vida en tanto ser libre y coexistencial (identidad dinámica). Incluye tanto las características estáticas como las dinámicas del ser humano. La vertiente dinámica de la identidad se despliega en el tiempo.

La personalidad es la expresión dinámica y cambiante de la identidad que tiene cada ser humano. Es clara pues la diferencia entre la persona (ente) y la personalidad (la manera de ser de ese ente proyectada hacia el mundo exterior, elemento de su identidad).

Un importante sector de la doctrina utiliza el concepto “personalidad” para aludir a la *aptitud* que tiene la “persona” para adquirir derechos y obligaciones. Es decir una aptitud “abstracta” que no es otra cosa que lo que se conoce como “capacidad de goce o de derecho”. Se plantea pues la diferencia entre la cualidad abstracta o aptitud del ente y el sustrato, es decir, el ente en sí mismo. A decir del renombrado jurista, el concepto “personalidad” no se puede sustituir por el de “capacidad”, toda vez que si el concepto “personalidad” significa la “aptitud” para ser sujeto de derecho carece totalmente de sentido, pues el ser humano es el único ente capaz (en virtud a su libertad, es capaz de vivir esa libertad) de poseer deberes y derechos. En conclusión el término “personalidad” resulta jurídicamente inútil e innecesario pues el ente que es sujeto de derecho es el ser humano y por serlo tiene ontológicamente la capacidad de goce, por lo que no es un atributo del ordenamiento jurídico sino un elemento estructural del ser humano en cuanto ser libre y coexistencial.

Así el término “personalidad” no se confunde ni con el de “persona” ni con el de “capacidad”. La persona Jurídica desde esta perspectiva es un sujeto de derechos, que tiene una identidad colectiva con la que exteriormente se le puede captar, un centro de imputación de derechos y deberes, y que en su relación interna existe la distinción entre su subjetividad y la de los miembros organizados y que persigue fines valiosos.

3. Las personas Jurídicas en el Derecho Peruano.

Dentro del esquema esbozado por De Castro y Bravo, el derecho peruano se adscribe en un sistema *numerus clausus* de la persona jurídica, es decir que solamente pueden ser personas jurídicas aquellas formas a las que el ordenamiento les confiere tal calidad.

⁸ Fernández Sessarego, Carlos. “Persona, Personalidad, Capacidad, Sujeto de Derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI”. En *Doctrina Contemporánea. Normas Legales*, Trujillo, 2003, p. 3-26.

⁹ La confusión se ha trasladado también a la esfera normativa en donde por ejemplo se utiliza el término personalidad como sinónimo de persona Jurídica: Art. 6°, 36°, 333°, 394° L.G.S.

¹⁰ Añadimos de nuestra parte que se hace referencia a una “*personería jurídica*” en la Ley 25307 art. 2°, cuyo reglamento D.S. N° 041-2002-PCM en su art. 4° se manifiesta en igual sentido. El concepto “personería” jurídica es confuso y para evitar confusiones es preferible prescindir de ella.

¹¹ Que como ser humano es una unidad psicosomática sustentada en su libertad.

Por la separación de los patrimonios tanto de la persona jurídica como la del miembro de la misma se le considera a la persona Jurídica como sujeto de derechos y obligaciones. Dentro de la teoría tridimensional del derecho, así se desprende de una lectura de los artículos 80°, 99° 111°, 134°.

III. LA SOCIEDAD ANONIMA.

1. Naturaleza Jurídica.

Las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la Sociedad Anónima, dentro de ellas las teorías del Contrato, institución, acto complejo, etc. carecen de un análisis tridimensional que en su calidad de Persona Jurídica le correspondería, por lo tanto –a nuestro criterio- son incompletas.

Estas teorías enfocan su estudio en un momento específico de la sociedad cual es el acto de constitución de la sociedad y no en el transcurrir de la misma: la “vida societaria”, aquellas conductas humanas, en el afán de conseguir sus fines valiosos, dentro de un marco formal que es el que justamente lograra el efecto por el cual los actos jurídicos que realicen los socios no le sean imputados.

Pues aunque parezca muy obvio, debemos enfocar a la Sociedad Anónima como persona Jurídica que es. Creemos que la Sociedad anónima cabe dentro de un concepto de persona jurídica, sujeto de derecho, en la teoría tridimensional, con características específicas de carácter ideológico, como es el de ser, manifestación del capitalismo y estar al servicio de sus intereses.

2. La Ley General de Sociedades.

El artículo 1° de la Ley General de Sociedades (LGS) prescribe: “*Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas*”.

Según nuestra normatividad son presupuestos de la existencia de una sociedad:

- **La Pluralidad de socios capaces** (Salvo cuando el único socio es el Estado). Respecto de la capacidad de los socios es evidente que los mismos deben disponer de los bienes que va a aportar, es decir los incapaces no pueden celebrar el pacto social ni los que tienen impedimento legal.
- **La Affectio societatis**
- **La Organización**
- **El Patrimonio** actual o potencial
- **El Objeto social lícito.**
- **La Actividad económica** siguiendo la terminología usada por la L.G.S en su art. 1°, y no necesariamente fin lucrativo.
- **La Inscripción en el Registro Público** que es el acto que determina la creación de la sociedad anónima y su consideración como persona Jurídica.

Un dato importante a señalar es que el artículo 51° de la L.G.S. hace expresa mención a la responsabilidad limitada que gozan los accionistas de la sociedad anónima. Según nuestro criterio esto ya no sería necesario. Pues al considerársele a dicha sociedad como Persona Jurídica, en virtud al artículo 6° LGS, tiene las características de la misma, dentro de ellas: la responsabilidad limitada (artículo 78° C.C.).

3. Consecuencias de la consideración como Persona Jurídica a la Sociedad Anónima.

- a) La sociedad anónima es sujeto de derecho¹².
- b) Capacidad jurídica de la sociedad en las relaciones externas e internas.
- c) Autonomía Patrimonial y separación de responsabilidad.

¹² De Solá Cañizares. Vid. DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. Tratado de Derecho Comercial Comparado. T. III; Montaner y Simón S.A., Barcelona, 1963, p. 34.

4. La Responsabilidad Limitada.

Los socios no responden personalmente por las deudas de la sociedad, por lo que los acreedores deberán asegurarse que el crédito que otorgaran se encuentra suficientemente garantizado por el capital social, que se puede averiguar de lo que aparece en la partida registral.

Esta característica propia de la Sociedad Anónima como persona Jurídica es la que ha generado su éxito y arrolladora presencia en el mundo de los negocios, siendo pues una regla indiscutible, al tiempo que la sociedad en comandita va desapareciendo.¹³

Reflexionamos respecto de las sociedades en las que la responsabilidad limitada no es “absoluta”. Eso significaría que no tienen las una de las características esenciales de la persona jurídica, en consecuencia ¿Son o no son personas jurídicas?. Ese problema se lo ha planteado De Castro¹⁴ en España y es aplicable para nuestra realidad. El autor soluciona este problema distinguiendo entre persona jurídica perfecta (las personas jurídicas como asociación, la sociedad; la fundación) y personas jurídicas imperfectas (las sociedades colectivas, sociedades en comanditas y las sociedades civiles ordinarias en las que la responsabilidad limitada).

Nosotros pensamos que esto demuestra la falta de fundamento histórico-jurídico de las sociedades. Es inconcebible que las sociedades comerciales que recoge nuestra legislación no tengan caracteres jurídicos comunes.

III. “TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA”.

Son muchas las denominaciones existentes tales como “abuso”, “utilización fraudulenta” de la persona Jurídica; también “levantamiento”, “desestimación”, “inoponibilidad”, “allanamiento”, de la personalidad Jurídica.

Como antecedente histórico los autores que han escrito sobre este tema coinciden que fue con el memorable caso conocido como “Salomon v. Salomon & Company Limited”, suscitado el año 1897 en Londres¹⁵, que por primera vez se plantea la posibilidad de aplicar la teoría del levantamiento del velo societario.

1. Definición.

La teoría de la desestimación de la personalidad Jurídica es un conjunto de remedios jurídicos mediante la cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada¹⁶.

Existen pues dos supuestos: el abuso de la forma jurídica (una modalidad del abuso del derecho: el actuar bajo la forma social), con la aplicación de esta doctrina la consecuencia es la desestimación de la persona Jurídica, es decir que se desconoce la existencia de la sociedad. Mientras que en otro caso se da lo que se denomina el abuso de la responsabilidad limitada, que es otra modalidad de abuso, distinta a la anterior, pero íntimamente ligada.

2. Consecuencias de la aplicación de la Desestimación de la Personalidad Jurídica.

¹³ Vid. BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades. Gaceta Jurídica Editores, 1era Edición, Lima, 1998, p. 158.

¹⁴ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. La Persona Jurídica. 2da edición, Civitas, Madrid, 1991, p. 268-269.

¹⁵ Vid. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. La doctrina del “Levantamiento del Velo” de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia. Cuarta Edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 62-63.

¹⁶ Vid. DOBSON ALVAREZ, Juan M. El abuso de la personalidad Jurídica (en el derecho privado). Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 11-12.

2.1. La personalidad jurídica. La atribución de la personalidad jurídica no necesariamente importa la limitación de la responsabilidad, existen algunas personas jurídicas cuyo régimen es de responsabilidad ilimitada. Damos cuenta que en muchos de los textos no se define claramente lo que es "personalidad" y cuando lo hacen lo asimilan al concepto responsabilidad limitada, capacidad de la persona Jurídica o denota a la persona Jurídica en sí.

2.2. La responsabilidad limitada.

Puede darse fuera de la esfera de las personas jurídicas y es concebida como aquel privilegio que se otorga tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

Como consecuencia: *el reconocimiento de la personalidad es un acto distinto del reconocimiento de la responsabilidad limitada. Por lo que el desconocer la responsabilidad limitada no implicará desconocer también la personalidad. Es decir la desestimación de la personalidad jurídica (entendida como el desconocimiento de la existencia de la persona jurídica) hace perder el beneficio de la limitación de la responsabilidad, mas la declaración de desestimación de la responsabilidad limitada no conlleva a desconocer la existencia de la Persona Jurídica.*

3. Aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica.

En el derecho argentino, en donde se emplea esta teoría se hace referencia a algunos presupuestos; cabe precisar que en el citado ordenamiento jurídico existen normas explícitas que regulan esta teoría (el Art. 54 apartado tercero de la Ley 19.550 Ley de Sociedades), en otras palabras, existen normas que imputan responsabilidades a los que abusan de la forma societaria

3.1. Cuestiones Procesales.

- a **La Antijuricidad.** La transgresión normativa *lato sensu* que comprende cualquier obrar contra el derecho, así como el obrar abusivo del mismo. Basado en el criterio de que lo que se sanciona es la persecución de una finalidad extrasocietaria, aunque los actos realizados no sean de por sí fraudulentos. Gulminelli (comentando la norma Argentina) sostiene que el hecho de actuar en la consecución de fines extrasocietarios es antijurídico. Y es que el hecho de tener una normas explícitas conllevan a una imputación directa de la responsabilidad en la que una vez observado la conducta prescrita objetivamente (una actuación desviada que persigue fines extrasocietarios y que causa daños), se dan automáticamente las consecuencias que se prevén en la norma, en nuestro caso la desestimación de la personalidad Jurídica.
- b **Dolo.** En la ley societaria Argentina no hace diferenciación entre el dolo y la culpa. Nos atrevemos a pensar que se trata de una teoría que se identifica con una responsabilidad objetiva (tal como sucede en la responsabilidad extracontractual).
- c **Beneficio de excusión.** Lo que persigue esta teoría es ampliar el panorama al acreedor a fin de poder hacer efectiva su acreencia y que se le indemnicen por los daños sufridos por la conducta dañosa; por lo que no es posible, por parte de los causantes del daño, invocar el beneficio de excusión. Una vez declarada la desestimación de la personalidad Jurídica ellos responden solidaria e ilimitadamente.
- d **Sujetos legitimados.**
 - La sociedad.** Se trata de un litisconsorte necesario pasivo junto al socio.
 - El Socio** que hizo posible la actuación torpe de la sociedad.
 - El sujeto damnificado.** Sea persona física o jurídica.

4. Nuestra posición.

¿Es posible la incorporación de la teoría del levantamiento del velo a nuestro ordenamiento? No. Para nosotros es necesaria una regulación de los supuestos “clásicos” de fraude de los socios, pero manteniendo la ideología de nuestro Código Civil. Somos concientes que esto no resuelve por completo el problema, ya que cada día se crean nuevas formas de abusos por lo que necesariamente nos debemos remitir a los principios jurídicos que informan nuestro ordenamiento. Hacemos nuestras las expresiones de Cabanellas de las Cuevas¹⁷) al señalar que “la utilización de un único término para englobar los distintos casos que dan lugar a la desestimación de la personalidad societaria presenta el peligro de dar la idea de que exista un motivo jurídico único para tal desestimación”. Por eso la dación de una norma no es una solución completa, pues las causas por las que se configura el fenómeno son muy variadas al igual que las soluciones.

Si bien esta teoría es de carácter restrictivo, no significa que los jueces no deban aplicarla; se trata de una herramienta más que tiene el juez para evitar y sancionar abusos.

La denominada teoría del levantamiento del velo societario abarca muchos supuestos y de muy variada naturaleza, que por razones de espacio no entramos en detalle. Vamos a dejar de lado tanto a la problemática denominada abuso de la forma societaria, la problemática del controlante, el socio de la empresa individual de responsabilidad limitada como a muchas situaciones más; para analizar el uso abusivo de la responsabilidad limitada del socio.

En el esquema que nosotros defendemos la sociedad mantiene su existencia autónoma (relacionando se en el mercado: con proveedores, consumidores, usuarios, etc.), mas se le niega al socio el beneficio de la responsabilidad limitada.

V. EL USO ABUSIVO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

1. El Uso abusivo de una situación de poder.

1.1. La situación jurídica subjetiva y la relación jurídica subjetiva.

En la relación jurídica se produce la vinculación o interferencia entre dos o más sujetos de derecho o, si se prefiere, entre dos o más situaciones jurídicas subjetivas.

El Sujeto de derecho (individual o colectivamente), a quien el ordenamiento jurídico le otorga derechos y deberes, en su dimensión coexistencial (en su relación con los otros), se **sitúa** como punto de referencia de tales (derechos y deberes) en función de los demás sujetos (los que, a vez, tienen sus propias situaciones jurídicas subjetivas) con los cuales entrará en **relación jurídica** una vez que dichas potencialidades se conviertan en conductas Intersubjetivas.

En el terreno práctico tanto la situación jurídica como la relación jurídica se presentan juntas, dado que la primera pertenece al plano existencial del ser humano, mientras que la segunda pertenece al plano coexistencial del ser humano¹⁸.

1.2. El Abuso del Derecho.

El artículo II T.P. C.C., consagra: “La ley no ampara ni el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

Dada la ubicación de la norma sostenemos que se le considera dentro de la teoría general del derecho, y no dentro de un supuesto de responsabilidad civil.

¹⁷ Vid. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Societario. Parte General: La personalidad jurídica Societaria. Obra completa, tomo III. 1era edición, Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 66-67.

¹⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del derecho. 2da edición, Grijley, Lima, 1999, p. 74-78.

El acto abusivo prescrito en la norma tiene su origen en un derecho subjetivo (situación jurídica de poder).

La conducta amparada en la norma violenta el principio que la justifica o colisiona con otros principios, arremete un interés no tutelado taxativamente en una norma, pero que el ordenamiento lo protege por vía de los principios, un deber genérico de ejercer una situación jurídica de manera normal, con relación a la función socio-económica que la fundamenta.

El Daño es un dato que no es parte estructural del abuso del derecho, pero en caso configurarse se tendrá como un dato de fines indemnizatorios.

La situación jurídica, aun siendo de poder, tiene inherente a sí deberes jurídicos que el titular debe observar; en ese sentido, la trasgresión de los deberes que concurren conjuntamente con el derecho subjetivo a él reconocido, se conoce como abuso de derecho.

1.3 Criterios para la determinación del abuso del derecho.

a. Criterio subjetivo.

Por este criterio los titulares de una situación jurídica de poder ejercen sus atribuciones con la intención de dañar a otro sujeto, sin tener un interés serio o legítimo. Este ejercicio no origina ningún beneficio para el titular.

Su acogida, históricamente, fue vasta pero luego sufrió críticas motivadas por su dificultad de probanza, pues la culpa o negligencia del agente se ubican en el plano psicológico del agente; y de considerarse a la culpa un elemento indispensable en la configuración del uso abusivo de la situación jurídica traería como consecuencia el asimilarlo a la noción de un ilícito civil, cuestión que no compartimos ya que lo consideramos como un ilícito *sui generis* (por su origen) atípico (referido a trasgresor de principios que informan nuestro ordenamiento jurídico).

b. Criterio objetivo.

Considera que el abuso del derecho se da en cuanto un derecho subjetivo se ejercita de manera anormal, es decir contraria su función económica-social.

c. Criterio mixto.

Este criterio surgió de la combinación de los elementos de los dos criterios arriba mencionados, entendiendo que se complementan. En síntesis el juez para determinar el abuso de derecho debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) La intención de dañar.
- b) Ausencia de interés.
- c) Si se ha elegido la manera menos dañosa de ejercer el derecho.
- d) Perjuicio anormal o excesivo.
- e) Si el ejercicio es contrario a las buenas costumbres.
- f) si se ha tenido en cuenta los principios de razonabilidad, lealtad, confianza.
- g) la finalidad económica social del derecho subjetivo contenido en la norma.

De manera personal decimos que el acto abusivo:

* Requiere de un derecho subjetivo reconocido en una norma positiva. Norma que se justifica en un principio general de derecho.

* El abuso se da cuando a partir del ejercicio del derecho subjetivo se lesiona un interés no tutelado en una norma jurídica positiva. Este interés se encuentra amparado por un principio jurídico prevaleciente que actúa directamente frente al otro principio.

* El daño sólo es un indicador de carácter indemnizatorio. No es un elemento que sea necesario en la configuración del uso abusivo del derecho.

2. El uso abusivo de la responsabilidad limitada.

2.1. La responsabilidad Limitada como situación jurídica de poder.

La noción de “acción” tiene tres acepciones¹⁹, tanto como parte alícuota del capital social, como título representativo de los derechos del accionista (título valor) y como **concesoria del status de socio y del conjunto de derechos y obligaciones del accionista.**(la negrita es nuestra)

Los socios obtienen ese *status* una vez constituida la sociedad (ya inscrita), es decir tiene como presupuesto a la persona jurídica sociedad anónima.

Luego, dentro de los derechos mínimos que contienen las acciones, podemos señalar los prescritos en los artículos 95° y 96° de la L.G.S.

Asimismo podemos señalar al artículo 51° de la L.G.S. que limita la responsabilidad de los accionistas frente a las deudas sociales. La responsabilidad limitada como una de las características propias de la sociedad anónima supone la garantía a los socios de no ver comprometido su patrimonio personal a los riesgos que trae consigo los negocios que realice la sociedad. La responsabilidad limitada es una situación jurídica de poder solamente respecto de los socios; pues el ordenamiento lo configura en ese sentido, de allí que su uso abusivo sea un problema específico del general “abuso del derecho”, distinto del supuesto de la responsabilidad de los administradores y directores.

Ahora, la responsabilidad Limitada se manifiesta de dos maneras:

* La limitación de la responsabilidad a favor de la sociedad, por la que ella no responde por las obligaciones personales de sus socios.

* La limitación de la responsabilidad a favor del socio, en el que el socio no responde por las obligaciones sociales con su patrimonio personal.

Como derecho del socio, el derecho a la limitación de la responsabilidad tiene:

a. Atribuciones.

Actuación libre dentro de un marco lícito. La responsabilidad limitada o mejor aún “el derecho a la limitación de la responsabilidad del socio de una sociedad anónima”, se actúa en su curso normal, en el desarrollo de la sociedad, cuando los acreedores de ésta imputan las deudas a la persona jurídica sociedad anónima y no a los socios. El derecho de excusión es una de sus manifestaciones.

Defensa del derecho para lograr su conservación o pacífico disfrute. El socio dispone de los medios procesales correspondientes para hacerlo efectivo. Así, aun al no existir en nuestro ordenamiento jurídico positivo una acción prevista taxativamente, eso no es obstáculo para poder demandar una protección al derecho de la limitación de la responsabilidad en vía judicial.

Renuncia dentro del límite del orden público y las buenas costumbres. El socio puede renunciar a este “beneficio” dado por la norma, y hacer efectivo con su patrimonio el pago de una acreencia social.

Transmisión inter vivos o mortis causa. La responsabilidad limitada, sólo se configura dentro de la situación jurídica genérica “el status del socio”, por lo que si se transmite la acción que da origen a

¹⁹ Vid. ELIAS LAROZA, Elías. Derecho Societario Peruano, Normas Legales, Trujillo, 2002, p. 159-161.

tal status, se transmite la responsabilidad limitada contenida en ella. La transferencia de acciones, se encuentra regulada en el artículo 93° de la L.G.S.

b. limitaciones.

Abuso de derecho. En el caso de que se utilice la norma, en nuestro caso el artículo 51° de la L.G.S., de manera anormal o contra los principios que la justifican, causando daño o cuando menos la potencialidad de realizarse en contra de terceros.

Buena fe. Todo derecho en su ejercicio debe observar este principio que contiene tanto a la Buena fe-lealtad, como a la Buena fe-creencia, es decir tanto en su aspecto objetivo dinámico, como en el subjetivo.

Se trata pues de una Situación Jurídica de Poder pues predomina el derecho subjetivo, frente a los deberes. Que puede en su ejercicio ser utilizada en forma abusiva.

Mispireta²⁰ apunta que “Estamos convencidos de que son los socios – y no la propia sociedad – los que en muchas ocasiones abusan del derecho subjetivo con el que cuentan, pues desvían los fines para los que le fue dada la posibilidad de formar una organización colectiva, con el objeto de obtener resultados antijurídicos”. Como se observa, el autor considera que la mayoría de casos se presentan por abuso de sus derecho subjetivo del socio.

Queremos dejar constancia de que el estudio de la limitación de la responsabilidad del socio no es privativo de la sociedad anónima ya que puede darse en otros tipos de sociedades u otras personas jurídicas a los que el legislador dote de tal situación jurídica de poder, es decir que la teoría del uso abusivo de la limitación de la responsabilidad del socio abarca a las personas jurídicas con responsabilidad limitada y el abuso de la responsabilidad limitada es por lo señalado líneas arriba como una especie del género “abuso del derecho”.

3. Relación entre la responsabilidad Limitada del socio y la autonomía subjetiva de la sociedad.

Para hallar la relación entre ambos supuestos es necesario partir de dos supuestos:

Primero, El derecho de la limitación de la responsabilidad es uno conferido por el ordenamiento jurídico y se ejerce frente a los acreedores de la sociedad.

Segundo, la sociedad anónima es una Persona Jurídica, una organización de personas que persigue fines valiosos y que el derecho imputa como distinta de sus miembros considerándolo como una unidad.

En efecto, el sujeto de derecho Sociedad anónima, tiene como característica la responsabilidad limitada de sus socios, que no necesariamente se da en otras Personas Jurídicas, tales como en la sociedad civil ordinaria (responsabilidad personal y subsidiaria Art. 295° LGS), o el caso de las sociedades en comanditas respecto de sus socios colectivos (que responden ilimitadamente por las obligaciones sociales art. 278° LGS).

Esta distinción es importante a fin de precisar que el abuso de la responsabilidad limitada es cuestión totalmente distinta del llamado abuso de la personalidad jurídica. Este último además de tener el uso una terminología inadecuada, se refiere a un uso abusivo del sujeto del derecho. Cabe preguntarnos ¿podría alguien abusar de su condición de sujeto de derecho?. Creemos que no. El sujeto de derecho de derecho es el ser humano (individual o colectivamente considerado), mientras que la situación jurídica surge cuando dicho sujeto, al relacionarse con otros sujetos y al vivenciar valores comunitarios, asume un determinado *status*, según lo determina el ordenamiento.

²⁰ Vid. MISPIRETA GALVEZ, Carlos Alberto. El allanamiento de la personalidad Jurídica o Levantamiento del velo societario. En Tratado de Derecho Mercantil T.I Derecho Societario, IPDM, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 66.

Es decir, lo que se puede abusar es de una determinada situación jurídica y no de la condición de sujeto de derecho.

Los sujetos que hacen uso abusivo de la responsabilidad limitada son exclusivamente los socios, mientras que en el uso abusivo de la personalidad jurídica sería realizada solamente por los órganos de la sociedad.

En el caso de abuso de la forma societaria; que tiene como efecto declarar extinción del sujeto de derecho "sociedad", por entender que ésta solo ha servido de instrumento para que amparados en ella se puedan perpetrar actos ilícitos, esto acarrea como consecuencia el desconocimiento de la responsabilidad limitada. No ocurre a la inversa: en caso de declararse el abuso de la responsabilidad limitada del socio, no se extingue de la sociedad.

Ha dicho De Angel Yagüez²¹ "La aplicación de la doctrina Jurisprudencial sobre el 'levantamiento del velo' de la persona jurídica en modo alguno produce como efecto la desaparición de la misma, sino que el acreedor o el tercero que se estimase perjudicado por su existencia, ocultando a través de la forma la realidad subyacente, podrá actuar contra ella para hacer efectivos sus derechos". Explicamos que lo dicho por el profesor Español se refiere al abuso de la responsabilidad limitada, pues si bien el tratamiento que hace en su trabajo es de la "doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica" en forma general; nosotros, lo trasladamos a los supuestos de responsabilidad del socio, que también recoge en su libro pero que nosotros los distinguimos por ser de naturaleza distinta a la denominada responsabilidad por abuso de las formas jurídicas y de la responsabilidad de los administradores.

4. Modus operandi.

4.1. Fraude a la Ley:

El fraude a la Ley se ha desarrollado en sus dos tendencias: la subjetiva en la que negocios en fraude de Ley son negocios celebrados con la **intención** de que mediante sus efectos jurídicos y económicos o sociales típicos, se obtenga una finalidad o un resultado que aparece como legalmente prohibido bajo otra modalidad de negocios"²². Charrasquer Clari²³ por su parte sostiene "la idea de fraude a la ley se relaciona con aquellas situaciones en que para eludir una prohibición o una disposición imperativa se busca artificiosamente el amparo de otra ley". La tendencia objetiva del fraude está referida a la oposición de la conducta con el contenido real de la norma (de la norma defraudada). En la doctrina española, PÉREZ ROYO, señala que "el fraude de ley presupone la existencia de una norma, cuya aplicación se trata de eludir (*norma defraudada*) mediante la modulación (calificación) artificiosa (*norma de cobertura*). El mecanismo a través del cual se lleva a cabo el fraude a la ley es el que se conoce en la teoría del negocio jurídico como el negocio jurídico indirecto: se utiliza un determinado negocio, típico o atípico, para obtener una finalidad distinta de la que constituye su propia causa.

Cabe diferenciar los actos contra la ley de los negocios en fraude a la ley. Los primeros atentan contra la norma objetiva y suponen un ilícito típico; mientras los negocios en fraude a la ley se caracterizan por el uso de rodeos, evitando el choque directo del negocio con la ley.

Para hablar de fraude a la ley deben darse los siguientes presupuestos:

1. La existencia de una norma que impide la eficacia del acto negocial.
2. Conducta de las partes calificada de fraudulenta. Como ya lo hemos adelantado puede darse la intención, aunque la tendencia es a objetivar la conducta como no concordante con los fines que la norma (defraudada) persigue.

²¹ Vid. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. Op. Cit., p. 166.

²² Battle Vásquez citado por LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El Negocio Jurídico, 2da Edición, 1era reimpresión, Grijley, Lima, p. 398.

²³ Vid. CHARRASQUER CLARI, Maria Luisa. El problema del fraude a la ley en el derecho tributario. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 43.

3. Norma de cobertura, que se manifiesta impotente ante los principios superiores que informan a la norma defraudada.

Para determinar si un acto es fraudulento, es necesario que la ley defraudada debe entenderse del modo como debía aplicarse al negocio, y las normas de cobertura no entran en consideración. En consecuencia la calificación de un acto en fraude de ley requiere de una interpretación extensiva y finalista de la norma defraudada; interpretar el negocio jurídico y su causa; y una interpretación estricta de las otras normas utilizadas como cobertura.

4.2. Simulación.-

Mediante esta figura jurídica los sujetos pueden pactar: que el negocio realizado constituye una mera apariencia, que no los vincula y que, por lo mismo, carece de toda función (simulación absoluta); o que el negocio aparentemente realizado sirve para ocultar un empeño negocial distinto y efectivo de los sujetos, que tiene una función autónoma (simulación relativa).

Se caracteriza por la existencia de un acuerdo simulatorio²⁴, y en virtud de ello existen dos manifestaciones de voluntad: la del acto simulado²⁵ y la del acto disimulado²⁶. En este fenómeno, estas manifestaciones se coordinan. La ausencia de este requisito, conllevaría a tratar ese caso como una de reserva mental, desprovisto de efectos jurídicos. Debe señalarse que no necesariamente es ilícita la materia del acuerdo simulatorio.

En uno y otro caso, la acción judicial contra la simulación, es la “nulidad del acto simulado” a que se refiere el art. 193° del C. C.

4.3. Abuso del Derecho.-

Previsto en el Art. II del T.P. de nuestro C.C.

4.4. Efectos.

Los efectos según se trate de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, fraude a la ley o simulación, son diversos:

- a. En el caso del fraude a la ley, como ya se ha señalado, los efectos son la aplicación de la norma que se pretendía burlar y la nulidad de los efectos que se dieron al amparo de la norma de cobertura.
- b. En el caso de la simulación existen dos supuestos: se declara la nulidad del negocio simulado de forma absoluta; mientras en la simulación relativa se declara la nulidad la del acto simulado mientras que el acto disimulado se mantiene. salvo, en los casos que se protege la apariencia creada, respecto de terceros de buena fe.
- c. En el caso del abuso del derecho, el acto no es amparado por la ley, los efectos son cesatorios del acto abusivo. Se pueden utilizar las medidas cautelares que la ley permite.

4. **¿De qué manera los créditos de los acreedores de una sociedad anónima pueden ser protegidos frente al uso abusivo de la responsabilidad limitada de los socios sin afectar la subjetividad de la sociedad?.**

²⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. Cit. p. 366

²⁵ Negocio celebrado con el fin de usarse como apariencia.

²⁶ Aquel al que las partes entendieron vincularse efectivamente.

Sostenemos que se puede proteger a partir de la aplicación de criterios propios²⁷ del denominado uso (acción y omisión) abusivo del derecho (situación jurídica de poder), en su aplicación específica de uso abusivo de la responsabilidad limitada del socio; que es de naturaleza diferente al denominado abuso de la personalidad jurídica.

No se debe afectar la subjetividad de la sociedad, la sociedad es sujeto de derecho independiente. Se podrá imponer (de ser el caso) una sanción económica, mas no declarar su extinción o “nulidad”.

Cuando se aplica la teoría del abuso de la limitación de la responsabilidad, el que hace uso de ésta situación es exclusivamente **el socio**, por lo que los efectos se realizarán solamente respecto del socio y nunca perjudicarán la subjetividad de la sociedad.

El modus operandi del abuso de la responsabilidad limitada varía, pues por ser una figura de la teoría general del derecho, se puede perpetrar a partir de un fraude a la ley, una simulación, un abuso del derecho, o la no observancia de la causa del pacto social.

la no observancia de la causa del pacto social, no en el sentido de acto constitutivo sino en el desarrollo de la “vida de la sociedad”: cuando los socios se valen de la limitación de la responsabilidad para llevar a cabo fines extra societarios. Pues no es aplicable la nulidad de pacto social establecida en el Art. 33° de la L.G.S. Tampoco es válida la aplicación de normas generales de nulidad del negocio jurídico.

Los presupuestos que determinan la aplicación del uso abusivo de la responsabilidad limitada del socio, a nuestro modesto parecer son:

- Actuación de la sociedad. El fenómeno se presenta dentro del desarrollo del objeto social, es decir dentro de su desarrollo dinámico.
- El sujeto activo (de la conducta abusiva) es únicamente el socio o los socios.
- El modus operandi puede ser el fraude a la ley, abuso de derecho o simulación. Cada caso concreto tiene sus peculiaridades que deben analizarse desde la perspectiva de los principios jurídicos.
- Sujeto pasivo: es el tercero damnificado con la acción del mal socio. La naturaleza de la acreencia puede ser de distinta naturaleza: civil, tributaria, laboral, etc.; asimismo la persona jurídica existiendo un litisconsorcio necesario pasivo.
- Los efectos: una vez declarado el abuso, los efectos serán los que aparezcan de la aplicación de las propias a cada “modus operandi”, sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. II del T.P. del C.C.
- El daño es un elemento referencial sólo para efectos de la indemnización que recibirá el perjudicado (lucro cesante y daño emergente). Mas no es un elemento indispensable; ya se ha dicho que esta figura pertenece al ámbito de la teoría general del derecho, no al derecho de daños.

VI. CONCLUSIONES

Primera. Es necesaria la elaboración de una norma o normas que regulen estos casos que son muy frecuentes partiendo del supuesto de que la persona jurídica es un sujeto de derecho de acuerdo a la teoría tridimensional del derecho y en concordancia con la sistemática de nuestro ordenamiento. Mientras ello sucede los jueces y demás operadores deberán tener en cuenta los principios generales del Derecho y las reglas referidas al abuso del derecho.

Segunda. Nuestro Código Civil, en su libro referido a las personas, adopta la posición tridimensional del derecho; considerando a la persona jurídica como un sujeto de derecho con total independencia de los sujetos que la componen; por su parte nuestra Ley General de Sociedades,

²⁷ Se ha dicho en la doctrina que falta establecer los criterios claros que precisen cuándo se puede aplicar esta teoría como una solución a los casos de abusos y fraudes cometidos a través de la sociedad comercial. Boldó Roda, Carmen citada por Vid. MISPIRETA GALVEZ, Carlos Alberto. Op. Cit., p. 100.

guarda concordancia con las normas civiles, y regula taxativamente las particularidades de cada tipo social y su régimen de responsabilidad. Por lo que la teoría angloamericana de “levantamiento de velo” que se basa en considerar a la persona como “instrumento” no tiene aplicación en nuestro ordenamiento.

Tercera. Las responsabilidades que resultan del uso abusivo de la responsabilidad limitada son exclusivas del socio o socios. Para responsabilizar al socio es necesaria la actuación de la sociedad, y como ya lo sabemos, ésta sólo lo hace a través de sus órganos.