



UNIVERSIDAD NACIONAL

“PEDRO RUIZ GALLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO



**“EL VELO SOCIETARIO SU ROMPIMIENTO COMO
CONTROL Y FISCALIZACIÓN A LAS PERSONAS
JURÍDICAS”**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL**

AUTOR

Abog. JORGE MARCIAL ZAMORA LAZO

ASESOR

Dr. MIGUEL A. ARANA CORTEZ

LAMBAYEQUE – PERÚ

2018

**“EL VELO SOCIETARIO SU ROMPIMIENTO COMO CONTROL Y
FISCALIZACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS”**

PRESENTADO POR:

Abg. JORGE M. ZAMORA LAZO
AUTOR

Dr. MIGUEL A. ARANA CORTEZ
ASESOR

APROBADO POR:

Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
PRESIDENTE

Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ
SECRETARIO

Mg. CARLOS MANUEL ANTENOR CEVALLOS DE BARRENECHEA
VOCAL

DEDICATORIA

Al Creador de todas las cosas, por haberme permitido haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

Para mí esposa, compañera, y amiga por apoyarme incondicionalmente en el desarrollo de mi vida personal y profesional, por motivarme, estimulándome en continuar con mis aspiraciones trazadas, por siempre mi agradecimiento.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	iii
TABLA DE CONTENIDO	iv
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I:	5
1.1. Surgimiento del Problema	5
1.2. Manifestación del Problema	5
1.3. Justificación de la Investigación	6
1.4. Objetivos	7
1.4.1. Objetivo General	7
1.4.2. Objetivos Específicos	7
1.5. Hipótesis	8
1.5.1. Hipótesis General	8
1.6. Variables	8
1.6.1. Manejo de Variables	8
1.6.1.1. Variables Independientes	8
1.6.1.2. Variables Dependientes	9
1.7. Metodología Empleada	9
1.7.1. Tipo De Investigación	10
1.7.2. Métodos Empleados en la Investigación	10
1.7.3. Universo de Estudio	11
1.7.4. Técnicas de Recopilación de Datos	11
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	12
2.1. Antecedentes del Problema	12
2.2. Base Teórica	15
2.2.1. Antecedentes Normativos en las Relaciones Comerciales	15
2.2.1.1. Antecedentes del ámbito socio económico	15
2.2.2. Principios Constitucionales en las Relaciones Comerciales	23
2.2.2.1. Principios Constitucionales que protegen a la persona	23

2.2.2.2.	Principios Constitucionales de Mercado	32
2.2.2.2.1.	Libertad del pluralismo económico	35
2.2.2.2.2.	Libertad al libre comercio.....	36
2.2.2.2.3.	Libertad a la libre competencia	37
2.2.3.	La Persona Jurídica y el Derecho de Sociedades	38
2.2.3.1.	Evolución histórica de la persona jurídica.....	38
2.2.3.2.	Naturaleza jurídica de la persona jurídica.....	40
2.2.3.2.1.	Teorías de la personalidad jurídica.....	40
2.2.3.2.1.1.	Teoría de la ficción.....	40
2.2.3.2.1.2.	Teoría del órgano.....	42
2.2.3.2.1.3.	Teoría tridimensional	44
2.2.3.2.2.	Teorías que niegan la personalidad jurídica	45
2.2.3.2.2.1.	Teoría de la Persona como situación jurídica objetiva.....	46
2.2.3.2.2.2.	Teoría del patrimonio de afectación..	46
2.2.3.2.2.3.	Teoría de los derechos individuales peculiares	47
2.2.3.3.	Concepciones de la Persona Jurídica	47
2.2.3.4.	Personalidad jurídica de la persona jurídica	49
2.2.3.5.	Limitaciones a la capacidad de la persona jurídica.....	51
2.2.3.6.	Responsabilidad Civil de la persona jurídica	53
2.2.3.6.1.	Responsabilidad Civil contractual de la persona jurídica	54
2.2.3.6.2.	Responsabilidad Civil extracontractual de la persona jurídica	55
2.2.3.7.	La persona jurídica en el derecho de sociedades.....	56
2.2.3.7.1.	Tipos de personas jurídicas en el derecho de sociedades.....	56
2.2.3.7.1.1.	Sociedad Civil	57
2.2.3.7.1.2.	Sociedad comercial de responsabilidad limitada	58
2.2.3.7.1.3.	Sociedades en comanditas	59
2.2.3.8.	Formas Especiales de Sociedades Anónimas	61

2.2.3.8.1.	Sociedad Anónima Abierta (S.A.A.).....	61
2.2.3.8.2.	Sociedad Anónima cerrada (S.A.C.).....	62
2.2.3.8.3.	Naturaleza jurídica de la sociedad Anónima....	63
2.2.3.8.3.1.	Teoría clásica contractual	63
2.2.3.8.3.2.	Teoría del acto constitutivo y del acto complejo.....	65
2.2.3.8.3.3.	Teoría institucionalista	66
2.2.3.8.3.4.	Teoría del contrato plurilateral	67
2.2.3.9.	Aspectos Generales de la Sociedad Anónima.....	68
2.2.3.9.1.	Reconocimiento	69
2.2.3.9.2.	Dogma de Impenetrabilidad y Patrimonio Autónomo	71
2.2.3.10.	Elementos de la Sociedad Anónima	73
2.2.3.10.1.	Elementos materiales	73
2.2.3.10.2.	Elementos formales	75
2.2.4.	El Velo Societario	77
2.2.4.1.	Concepto	77
2.2.4.2.	Característica.....	77
2.2.4.3.	Levantamiento del velo societario.....	78
2.2.4.4.	Aplicación del levantamiento del velo societario en el derecho anglosajón y norteamericano.....	80
2.2.4.4.1.	Supuestos generales de aplicación	83
2.2.4.4.1.1.	Abuso del derecho	83
2.2.4.4.1.2.	Fraude a la ley	86
2.2.4.4.1.3.	Distinción entre abuso del derecho y fraude a la ley.....	90
2.2.4.5.	Principios que entran en juego	93
2.2.4.5.1.	Principio de seguridad y estabilidad jurídica	93
2.2.4.5.2.	Principio de justicia y equidad	96
2.2.4.5.3.	Principio de buena fe	98
2.2.4.5.4.	Principio de los actos propios	100
2.2.4.6.	La necesidad de la teoría del levantamiento del velo societario	101

2.2.4.6.1. En el ámbito societario	101
2.2.4.6.2. En el ámbito tributario.....	103
2.2.4.6.3. En el ámbito civil.....	106
2.2.4.6.4. En el ámbito arbitral.....	107
2.2.4.7. Legislación comparada del levantamiento del velo	
Societario.....	110
2.2.4.7.1. República Dominicana.....	110
2.2.4.7.2. Nicaragua y Costa Rica	111
2.2.4.7.3. Colombia	112
2.2.4.7.4. Ecuador	115
2.2.4.7.5. Argentina, Chile y Brasil	116
CAPÍTULO III	118
3.1. Análisis de la Encuesta Realizada sobre la Praxis de la Doctrina Del Levantamiento del velo Societario en algunos juzgados de la Provincia de Chiclayo	118
3.2. Análisis del Contexto Problemático.....	121
3.3. La reforma de la Ley del Código Civil y la Doctrina del Levantamiento del Velo - una Visión Crítica.....	124
3.4. ¿Es viable la regulación de la Teoría del Levantamiento del Velo Societario en el Perú?: nuestra posición:.....	127
3.5. Propuesta que Desarrolla la Hipótesis	128
CONCLUSIONES	131
RECOMENDACIONES	133
FUENTES DE INVESTIGACIÓN	134
ANEXOS	147

RESUMEN

Hemos titulado este trabajo ***“EL VELO SOCIETARIO SU ROMPIMIENTO COMO CONTROL Y FISCALIZACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS”*** y pretendemos mostrar que es posible la regulación del levantamiento del velo societario de la persona jurídica en nuestro ordenamiento jurídico (Código Civil), a fin de proteger los derechos de terceros frente al mal uso de la misma, pues al estar su patrimonio separado del patrimonio de los socios que la conforman, podría facultar que se realicen actos ilícitos a través de la misma y que los terceros vinculados queden desprotegidos.

Esta investigación la desarrollaremos en el departamento de Lambayeque en la escuela de post -grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Con la regulación de dicha institución antes mencionada, evitaría estas acciones ilícitas o al menos disminuirían, pues en la investigación nos hemos percatado la necesidad de esta doctrina en varias ramas del derecho además de nuestro Código Sustantivo, pensamos que con la inoponibilidad del levantamiento del velo de la persona jurídica, establecida en nuestro ordenamiento jurídico, el acreedor tendría un instrumento jurídico que le permita actuar si se considera perjudicado en sus derechos.

Analizaremos si en definitiva dicha doctrina tiene su fundamento en el principio de la seguridad jurídica para su no regulación formal o, de lo contrario en lo que realmente interesa, la regulación y aplicación de la misma en mira del principio de justicia, para tal fin desarrollaremos doctrinalmente todos los puntos relevantes para lograr el objetivo deseado y mostrar la viabilidad de lo que pretendemos como objeto de estudio antes mencionado dada su relevancia por ser una problemática de manifestación actual dentro de nuestra realidad social.

PALABRAS CLAVES: Persona jurídica, Levantamiento del velo, Sociedades, Responsabilidad, Seguridad jurídica, Justicia.

ABSTRACT

We have titled this work "THE CORPORATE VEIL, ITS BREAKTHROUGH AS CONTROL AND SUPERVISION OF LEGAL PERSONS" and we intend to show that it is possible to regulate the removal of the corporate veil of the legal person in our legal system (Civil Code), in order to protect rights of third parties in the face of misuse of the same, since their assets are separate from the assets of the partners that comprise them, it could empower them to carry out unlawful acts through it and that the related third parties are left unprotected.

This research will be developed in the department of Lambayeque in the post-graduate school of the National University Pedro Ruiz Gallo. With the regulation of said institution mentioned above, would avoid these illicit actions or at least decrease, because in the investigation we have realized the need for this doctrine in several branches of law in addition to our substantive Code, we think that with the unenforceability of lifting the veil of the legal person, established in our legal system, the creditor would have a legal instrument that allows him to act if he considers himself harmed in his rights.

We will analyze whether this doctrine is ultimately based on the principle of legal certainty for its non-formal regulation or, otherwise, in what really matters, the regulation and application of the same in view of the principle of justice, for this purpose we will develop doctrinally all the relevant points to achieve the desired objective and show the viability of what we intend as an aforementioned study object given its relevance for being a problem of current manifestation within our social reality.

KEY WORDS: Legal person, Lifting the veil, Societies, Responsibility, Legal security, Justice.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, al que hemos denominado: **“El velo societario su rompimiento como control y fiscalización a las personas jurídicas”** se ha elaborado en función de que aún subsiste la preocupación jurídica, en razón de la poca tentativa de regulación e inclusión de dicha institución jurídica en nuestro ordenamiento legal, es por ello, no obstante el estudio realizado por la doctrina nacional e internacional respecto al tema investigado seguimos tratándolo. Se presentan diferentes situaciones jurídicas en nuestra sociedad en torno a la creación de la persona jurídica, en virtud de ser un sujeto de derecho diferente de las personas que la conforman (Art. 78 C.C.), cuya potestad permite a las personas que la representan cometer actos ilícitos en nombre de la misma, pues existe una responsabilidad limitada entre ambos. Esta condición nos lleva a formularnos las siguientes interrogantes: la primera de ellas sería ¿la persona jurídica nació como un fin lícito o nació como un medio para realizar un fin ilícito?

Si la respuesta a esta pregunta es que la sociedad nació como un medio para realizar un fin ilícito, nos preguntamos ¿Quién es responsable de ese acto ilícito, sólo la persona jurídica o también aquellos que la crearon precisamente para realizar ese ilícito?

Entonces es ahí que interviene la teoría del levantamiento del velo societario¹, esta doctrina es un tema bastante discutible que aún no se encuentra regulada formalmente en el Perú, existen ideas doctrinales de utilizar la teoría estudiada de forma excepcional cuando se cumplan ciertos supuestos (Dominio de la sociedad por otra persona física o jurídica sea o no socia; debe producirse un perjuicio a terceros o un fraude a la ley; por último se debe respetar en todo caso el llamado “principio de subsidiariedad – defensores Guerra Cerrón Jesús María, Hundskopf Exebio Oswaldo, Echaiz Moreno Daniel entre otros), porque para los que defienden esas ideas doctrinales, se atentaría contra la seguridad jurídica;

¹ El levantamiento del velo societario es aquella herramienta legal a ser utilizada en aquellos casos en los que la sociedad anónima y en general la persona jurídica ha sido empleada de forma incorrecta con fines ilícitos, desconociendo su externa con el objetivo último de ser extensiva a ellas, las deudas sociales que corresponde a los socios que la componen

además sería asumir el costo social, en razón de que supuestamente la solución a este problema es compleja y a su entender traería graves distorsiones en el sistema jurídico y la economía.

Existen otras figuras civiles como el abuso del derecho (Artículo II del Título preliminar del Código Civil peruano) o fraude a la ley, para solucionar las controversias suscitadas entre las partes, figuras que a nuestro entender no cumplen con su cometido, como si lo hace la doctrina del levantamiento del velo.

Esta doctrina nos plantea el conflicto suscitado a nivel de principios, entre la justicia y la seguridad jurídica, lo cual nos lleva a la siguiente formulación ¿Es posible promulgar el levantamiento del velo societario sin que se perjudique o se vulnere la seguridad jurídica en pro de la justicia en el marco jurídico de nuestro ordenamiento normativo? pensamos que si es posible la correcta aplicación del levantamiento del velo societario de la persona jurídica, por parte de los jueces y magistrados, estipulada en una norma jurídica, para administrar la justicia correctamente, con la finalidad de evitar que a través de esta forma legal (persona jurídica) se puedan perjudicar intereses privados o públicos, de esta manera habrá una equidad entre las partes y no sólo se reforzaría la seguridad jurídica sino también que su efecto sería el de fortalecerla y desvirtuar que sea usada como excusa para cuestionar el concepto de persona jurídica.

Por lo tanto, es nuestra intención exponer la forma como se puede castigar o prevenir los abusos cometidos por sus representantes o socios, contraviniendo nuestro ordenamiento jurídico en perjuicio de terceros, y es mediante el levantamiento del velo societario que se busca garantizar lo antes citado, de tal manera que garantice la igualdad, equidad (justicia) y seguridad jurídica, que son las fuentes de las relaciones de una sociedad en un Estado Social de Derecho como es el nuestro.

Con el presente trabajo no pretendemos proveer información jurídica que ya existe, incluso a la fecha encontramos artículos importantes en revistas jurídicas acerca del levantamiento del velo societario y el uso fraudulento de la persona jurídica entre otros puntos, por lo tanto, no afirmamos que el presente trabajo sea

original en su totalidad, pero sí nos permitimos afirmar que lo es en cuanto a su desarrollo y posición final asumida.

La presente investigación ha sido estructurada de tal forma que hemos abarcado temas y aspectos que nos han ayudado a resolver el problema planteado.

Para tal fin, el trabajo se ha desarrollado en tres capítulos correlativos, debiendo desde ya precisarse que si bien hay una alusión general a las personas jurídicas, la central es la sociedad anónima la que además es reconocida como una conquista económica, jurídica y social, habiendo una notoria y gran diferencia con las “otras formas societarias” que también están reguladas en la Ley General de Sociedades, pero sin embargo no cumplen un papel importante en la economía del país.

En el primer capítulo describimos lo concerniente al análisis del objeto de estudio del tema de investigación con la finalidad de conocer la metodología utilizada para el estudio de nuestras variables a través de diversos autores. En el segundo capítulo abarcamos la base teórica en la cual nos hemos cimentado para adquirir conocimiento de la problemática, la cual se divide en los siguientes puntos: los antecedentes normativos de las relaciones comerciales existentes en nuestro país, desde el año 1,980 hasta la actualidad, siguiendo con los principios constitucionales que amparan a la persona natural, que desea constituir una persona jurídica (sociedad anónima), de tal manera que el lector identifique plenamente el enfoque que engloba este fenómeno social desde una perspectiva jurídico- comercial.

En ese mismo espíritu hacemos referencia al tema de la persona jurídica en el derecho de sociedades, con el afán de entender mejor el tema tratado, y por ende hemos desarrollado lo concerniente al velo societario, así como también su necesidad de su aplicación en las diferentes materias que rige el derecho y como se aplica en el derecho comparado con la finalidad de esclarecer al futuro lector la urgente regulación y aplicación de dicha figura jurídica, por parte de los magistrados en los casos en concreto, de esta manera quedamos expeditos para desarrollar en el tercer capítulo, la problemática principal de nuestra investigación.

En este último capítulo, habiendo establecido previamente las nociones de las materias concernientes al tema tratado, y citado su aplicación en varias legislaciones internacionales, nos enfocamos a desarrollar nuestra posición, para posteriormente alcanzar las conclusiones respectivas, así como la propuesta legislativa que estimamos es necesario incluirla en nuestro Código Civil. Esperamos que la presente investigación sirva de mucha ayuda a los futuros lectores y estudiantes que traten temas afines a este.

El autor

CAPÍTULO I:

1.1. Surgimiento del Problema

Se presentan diferentes situaciones jurídicas que son relevantes para el Derecho en nuestra sociedad peruana así como a nivel internacional, en torno a la creación de la persona jurídica, en virtud de ser un sujeto de derecho diferente de las personas que la conforman (Art. 78 C.C.), cuya potestad permite a las personas que la representan cometer actos ilícitos en nombre de la misma, pues existe una responsabilidad limitada entre ambos. Esta condición nos lleva a formularnos las siguientes interrogantes: la primera de ellas sería ¿la persona jurídica nació como un fin lícito o nació como un medio para realizar un fin ilícito?

Si la respuesta a esta pregunta es que la sociedad nació como un medio para realizar un fin ilícito, nos preguntamos ¿Quién es responsable de ese acto ilícito, sólo la persona jurídica o también aquellos que la crearon precisamente para realizar ese ilícito?

Entonces es ahí que interviene la teoría del levantamiento del velo societario. El levantamiento del velo societario es aquella herramienta legal a ser utilizadas en aquellos casos en los que la sociedad anónima y en general la persona jurídica ha sido empleada de forma incorrecta con fines ilícitos, desconociendo su externa con el objetivo último de hacer extensiva a ellas, las deudas sociales que corresponde a los socios que la componen.

1.2. Manifestación del Problema

La doctrina del levantamiento del velo societario de la persona jurídica, es un tema bastante discutible que aún no se encuentra regulada formalmente en el Perú, existen ideas doctrinales de utilizar la teoría estudiada de forma excepcional cuando se cumplan ciertos supuestos (Dominio de la sociedad por otra persona, física o jurídica sea o no socia, debe producirse un perjuicio a terceros o un fraude a la ley por último se debe respetar en todo caso el

llamado “principio de subsidiariedad – defensores Guerra Cerrón Jesús María, Hundskopf Exebio Oswaldo, Echaiz Moreno Daniel entre otros), porque para ellos, se atentaría contra la seguridad jurídica, además sería asumir el costo social, en razón de que supuestamente la solución a este problema es compleja y a su entender traería graves distorsiones en el sistema jurídico y la economía.

Esta doctrina nos plantea el conflicto suscitado a nivel de principios, entre la justicia y la seguridad jurídica, lo cual nos lleva a la siguiente formulación ¿Es posible promulgar el levantamiento del velo societario sin que se perjudique o se vulnere la seguridad jurídica en pro de la justicia en el marco jurídico de nuestro ordenamiento normativo? pensamos que si es posible la correcta aplicación del levantamiento del velo societario de la persona jurídica, por parte de los jueces y magistrados, estipulada en una norma jurídica, para administrar la justicia correctamente, con la finalidad de evitar que a través de esta forma legal (persona jurídica) se puedan perjudicar intereses privados o públicos, de esta manera habrá una equidad entre las partes y no sólo se reforzaría la seguridad jurídica sino también que su efecto sería el de fortalecerla y desvirtuar que sea usada como excusa para cuestionar el concepto de persona jurídica.

1.3. Justificación de la Investigación

En nuestro país, lamentablemente ni la legislación ni la praxis comercial societaria, han demostrado la eficiencia o han permitido la tutela de los derechos de los terceros cuando son perjudicados por los socios que conforman la persona jurídica, manteniéndose los jueces fieles a la tradición, pensando más en la seguridad jurídica, aún a costas de resolver injustamente una situación determinada, cuando podrían acercarse a la verdad y a lo justo descorriendo el velo de la persona jurídica. Esta inoperancia observada, impulsa precisamente el estudio del tema en mención; aunque ya existen figuras jurídicas (abuso del derecho y fraude a la ley), como alicientes para dar solución a esta problemática, que no cumplen su cometido.

La presente investigación se realizó en el Departamento de Lambayeque en la escuela de post grado de la “Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo”, tomando como referencia todo el ámbito nacional para dar respuesta a nuestra siguiente hipótesis: La promulgación de una norma en el ordenamiento jurídico que estipule el levantamiento del velo societario de una persona jurídica, cuya regla general sea uniforme para todos los supuestos donde se aplique dicha institución, disminuirá sustancialmente los actos ilícitos cometidos por los socios que la conforman, protegerá a los terceros perjudicados por las acciones ilícitas efectuadas por los socios, a través de las personas jurídicas, teniendo como objetivos los siguientes.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Sustentar la promulgación de una norma respecto al levantamiento del velo societario de la persona jurídica para su control y fiscalización, en el ámbito del Derecho Civil.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Evaluar el valor positivo al promulgarse una norma favorable al levantamiento del velo societario y acreditar la eficacia de su regulación en las diferentes materias a aplicar.
- Identificar a la persona jurídica, así como sus diversos componentes, con la finalidad de reconocer su importancia y saber su aplicabilidad.
- Examinar la teoría del levantamiento del velo societario, así como sus efectos, para determinar su finalidad jurídica y por último.

- Determinar los diferentes principios en el ámbito socio-económico con la finalidad de saber los fundamentos constitucionales que respaldan a la persona, en la libertad de hacer empresa.

1.5. Hipótesis

1.5.1. Hipótesis General

La promulgación de una norma en el ordenamiento jurídico que estipule el levantamiento del velo societario de una persona jurídica, cuya regla general sea uniforme para todos los supuestos donde se aplique dicha institución, disminuirá sustancialmente los actos ilícitos cometidos por los socios que la conforman, protegerá a los terceros perjudicados por las acciones ilícitas efectuadas por los socios, a través de las personas jurídicas.

1.6. Variables

1.6.1. Manejo de Variables

En la actualidad, en nuestro país ni la legislación, ni la práctica comercial societaria, nos muestran o permiten una tutela efectiva de los derechos de las terceras personas que resulten perjudicadas por el mal accionar de las personas socias que conforman una persona jurídica, como es el caso específicamente en las sociedades anónimas, esto se puede observar a través del estudio de las variables independientes como dependientes, descritas en el siguiente ítem.

1.6.1.1. Variables Independientes

Dentro de las variables independientes tenemos:

- La existencia de una norma en nuestro ordenamiento jurídico, respecto al levantamiento del velo societario de una persona jurídica con responsabilidad limitada.
- Conocimiento idóneo del levantamiento del velo societario de la persona jurídica por parte de los funcionarios públicos.

1.6.1.2. Variables Dependientes

Dentro de las variables dependientes tenemos:

- Disminución sustancial de los actos ilícitos cometidos por los socios o representantes mediante las personas jurídicas de responsabilidad limitada.
- Protección de los terceros perjudicados.
- La correcta aplicación de dicha institución, garantiza la seguridad jurídica.

Por lo tanto, es nuestra intención exponer la forma como se puede castigar o al menos disminuir los abusos cometidos por sus representantes o socios, contraviniendo nuestro ordenamiento jurídico en perjuicio de terceros, y es mediante el levantamiento del velo societario, que se busca garantizar el buen comportamiento de estos entes frente a los terceros, de tal manera que garantice la igualdad, equidad (justicia) y seguridad jurídica, que son las fuentes de las relaciones de una sociedad en un Estado Social de Derecho como es el nuestro.

1.7. Metodología Empleada

Para tal finalidad la presente investigación se diseñó de la siguiente manera:

1.7.1. Tipo De Investigación

La presente investigación se realizó en base a una investigación cualitativa, método de investigación utilizado principalmente en las ciencias sociales, como el Derecho, pretendiendo identificar la naturaleza profunda de las realidades a tratar, y en específico del problema a resolver.

Se desarrolló doctrinalmente cada punto controvertido, realizando una búsqueda bibliográfica respecto de las características esenciales del tema, de tal forma que podamos establecer relaciones teórico-doctrinarias con el propósito de describir la realidad objeto de investigación, es aquí donde en principio tuvimos dificultades para encontrar la bibliografía referente al tema de estudio, pues la “Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo”, no cuenta con suficiente material para nuestra investigación, por no poseer una buena estructura al respecto, razón por la cual, tuvimos que visitar diferentes universidades para obtener información que nos valga, encontramos una vasta información bibliográfica referente al tema de estudio en la “Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo” (USAT), de la ciudad de Chiclayo, departamento de Lambayeque; de forma virtual verificamos también información a nivel nacional.

1.7.2. Métodos Empleados en la Investigación

La investigación cualitativa requiere de un profundo análisis, más aún si se trata de un tema de connotación actual en el campo del Derecho Comercial, como el que estamos presentando, por lo que es básico e importante llegar a dilucidar la problemática planteada, integrando en el proceso de investigación y desarrollo todos los recursos necesarios. Se ha utilizado un método empírico analítico sistémico, con la finalidad de explicar las razones a tomar en cuenta en la investigación demostrando los puntos a tratar en esta investigación.

1.7.3. Universo de Estudio

El presente trabajo fue una investigación cualitativa, no se realizó de forma cuantitativa, sin embargo realizamos una encuesta a los jueces como muestra en el departamento de Lambayeque, provincia de Chiclayo, con la finalidad de conocer su aplicación del tema en mención.

1.7.4. Técnicas de Recopilación de Datos

Tratándose de una investigación cualitativa, efectuamos el estudio de nuestras variables a través de diversos autores, para ello utilizamos el análisis documental (significa realizar una extracción científico-informativa, que se propone ser un reflejo objetivo de la fuente original, teniendo en cuenta siempre el aporte que debemos brindar, basándonos en la recopilación de la información obtenida) y la síntesis como procedimientos; y como técnicas, a la observación indirecta y el fichaje bibliográfico (El fichaje es una técnica utilizada especialmente por los investigadores. Es un modo de recolectar y almacenar información. Cada ficha contiene una información que, más allá de su extensión, le da unidad y valor propio), tanto textual como de resumen, que permitirá recoger, organizar y presentar la información extraída de las fuentes que consideremos necesarias.

Asimismo recurrimos al análisis de las principales normas y jurisprudencia extranjeras, que desarrollaron el tratamiento jurídico de los puntos a tomar en cuenta en la presente investigación; consultamos también, con los jueces especializados y profesionales en el Derecho Comercial, de tal forma que logremos identificar cuáles serían las posibles soluciones normativas más apropiadas, y con ello contribuir a una adecuada regulación respecto a la problemática de la presente investigación.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del Problema

A) El levantamiento del velo societario: ¿debe regularse o simplemente aplicarse?²

El autor Hundskopf, Oswaldo afirma la figura del levantamiento del velo societario es una herramienta legal que se utiliza cuando la persona jurídica ha sido empleada para fines antijurídicos, desconociendo su formalidad externa para hacer extensiva a ella las deudas sociales que corresponden a sus miembros. El autor analiza en detalle la doctrina del velo societario, particularmente todo lo referido a su contenido y alcances, a fin de determinar si debe o no ser incluida expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, sustentándose para ello en la experiencia jurisprudencial y legislativa a nivel nacional e internacional. El autor llega a la conclusión de que no se debe expresar en nuestro ordenamiento jurídico la doctrina del velo societario, por el contrario se aceptaría y permitiría a los jueces la aplicación de tal doctrina bajo ciertas condiciones expuestas en el referido artículo.

Es importante el artículo en mención porque es un buen referente de estudio que si bien, no coincide con nuestra posición nos otorga criterios a tomar en consideración de como él llega a la conclusión, que la figura del levantamiento del velo societario solo se debe aplicar en nuestro país de forma subsidiaria, por las connotaciones que se podrían originar en diferentes ámbitos como el económico y social.

B) El rasgado del velo societario dentro del arbitraje³

El autor De Trazegnies, Fernando hace mención en los diferentes campos de acción donde esta figura tendría aceptación, en nuestra legislación para configurarse esta teoría se tendría en cuenta el abuso del derecho y el principio de buena fe. Sin embargo concerniente al arbitraje para el autor

² HUNDSKOPF, Oswaldo, “*El levantamiento del velo societario: ¿debe regularse o simplemente aplicarse?*” pp, 289 ss.

³ DE TRAZEGNIES, Fernando, “*El rasgado del velo societario dentro del arbitraje*” pp, 12-22.

existe un problema para su aplicación y se basa en que, las cosas se presentan de forma diferente en el arbitraje. En este caso, el árbitro no solo debe tener en cuenta los hechos y las normas sustantivas para establecer que una determinada persona natural o jurídica es justiciable o no, sino un principio constitutivo del arbitraje que establece que este método de solución de conflictos resulta de un acuerdo entre las partes y que, por tanto, no es posible involucrar en un procedimiento arbitral a quien no se ha sometido previamente a éste.

En el referido artículo, desde la concepción de De Trazegnies, Fernando, expresa que la doctrina del levantamiento del velo societario de la persona jurídica presenta un problema para su aplicación debido a que en un convenio arbitral prima sobre todo las voluntades de las partes, que se ponen de acuerdo para solucionar el conflicto de intereses a través del arbitral, sin embargo, dando la salvedad, que en mira de la justicia, el árbitro del caso en concreto puede citar a las partes involucradas aunque ellas no hayan firmado tal acuerdo, porque han salido beneficiadas por el contrato suscitada entre las partes en conflicto, razón por la cual es interesante desde nuestra posición para la investigación de nuestro trabajo.

C) El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles⁴.

La autora indica respecto al levantamiento del velo societario que en su país (España), la doctrina y la jurisprudencia viene afirmando que si el grupo forma una unidad, y como tal actúa y se presenta al exterior, como tal debe responder ante los terceros acreedores. La misma autora sigue diciendo que la utilización de dicha técnica es objeto de críticas, según las cuales no sería conveniente renunciar a la seguridad jurídica a cambio de la justicia material que se conseguiría con el levantamiento del velo societario.

El referido artículo de Carmen Rodo es de suma importancia para nuestra investigación, pues nos ayuda a entender mejor sobre el tema a tratar, conoce

⁴ BOLDO, RODA, Carmen, "El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles", p. 14 y ss.

muy bien el tema y advierte que lo que empezó como una excepción (aplicación del velo societario), en su país (España), en la actualidad los actos ilícitos que se cometen a través de la persona jurídica ya se ha generalizado y tanto la doctrina como la jurisprudencia deberían tomarlo como una unidad.

D) Informe Final: Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de reforma del Código Civil: Artículo 78.- Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad.⁵

La Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, se constituyó con el objeto de estudiar y presentar sus conclusiones, con relación al anteproyecto de la ley de Reforma del Código Civil, elaborado por la comisión creada por ley N° 26394 y modificada por Ley N° 26673; ante la Comisión de Constitución y Reglamento y la Comisión de Justicia y derechos Humanos del Congreso, una vez finalizado el estudio encomendado.

Después de revisado el citado informe la comisión revisora llega a la conclusión, de que el artículo en mención no puede ser aceptado o promulgado por que su solución al principio de relatividad de la persona jurídica es muy compleja, además los magistrados del poder judicial no conocen bien el tema en mención, en el presente artículo podría omitirse en tanto la solución propuesta puede derivarse válidamente de la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil con que contamos actualmente.

Desde nuestro punto de vista, creemos que este documento que contiene el informe final de la comisión revisora del Código Civil, respecto al anteproyecto de la Ley de reforma de dicho norma legal, es de suma importancia, para nuestra investigación pues aunque no estudia de forma directa el tema tratado, demuestra que la iniciativa planteada ante el Congreso de la República constituye un antecedente, que la ley en el referido artículo 78° del Código Civil ha sido rebasada por la realidad imperante en el país. Siendo necesaria su modificación o sustitución por una que permita el desarrollo de

⁵ Informe final: comisión especial de estudio del anteproyecto de la ley de reforma del Código Civil recuperado [24-03-2018] en: www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/informes.nsf/.../attjdk8n.pdf.

nuestro país.

2.2. Base Teórica

2.2.1. Antecedentes Normativos en las Relaciones Comerciales

2.2.1.1. Antecedentes del ámbito socio económico

Sin duda que la economía juega un papel importante en la vida social de un Estado, por lo tanto esta debe ser controlada por leyes constitucionales, sobre todo en un país de Derecho Social y Democrático como es el nuestro, en relación con los antecedentes históricos pertinentes y la realidad social de la misma, con la finalidad de descubrir su espíritu y a que conlleva todo, de ahí podemos colegir que debemos hablar de una Constitución, como un instrumento principalmente para limitar el poder de los gobernantes y asegurar un ambiente de derecho y de libertad a los ciudadanos, tal como lo indica el autor Úbeda Portugués al afirmar ... Todo cambio en el sistema económico debido a la acción del Estado, sólo puede llevarse a cabo dentro del marco de la disciplina jurídica que la Constitución impone a los poderes públicos,⁶ al desarrollar el presente trabajo, comenzaremos describiendo los antecedentes económicos de nuestra patria así como las libertades constitucionales en el ámbito comercial- económico de las personas.

A) Regulación Económica en el Perú

Según Carlos Boloña citado por Vladimir Rodríguez Cairo,⁷ a inicios de los noventa del siglo pasado, se llevaron a cabo

⁶ ÚBEDA PORTUGUÉS, José, “*Sistemas Políticos Constitucionales en el Mundo*”, p, 187.

⁷ RODRÍGUEZ CAIRO, Vladimir, “*Constitución Económica de 1993 y Desempeño Económico en el Perú*”, p, 28.

reformas estructurales en nuestro país, que se dieron en tres grandes olas:

La primera ola de reformas se inició el 12/03/1991 y duró hasta abril del mismo año. Se aprobaron 61 decretos supremos sobre reducción de aranceles, liberalización del mercado cambiario, eliminación de monopolios públicos, liberalización del mercado laboral y se dio la primera norma de privatización de empresas públicas.

La segunda se dio entre el 18/05 y 15/11/1991. Se aprobaron 117 decretos legislativos al amparo de la delegación de facultades del congreso a favor del ejecutivo.

La tercera tuvo lugar entre el 5/04 y el 30/12/1992. Se expidieron 745 decretos ley, 281 de ellos en diciembre. Estas se orientaron al sector comercio, sector financiero, sector público, sectores productivos, sectores sociales y al establecimiento del Estado de Derecho.

a) Economía controlada 1980 – 1990

La competencia económica estuvo muy limitada por la influencia que ejercían las empresas públicas que no facilitó el desarrollo de mercados orientados al bienestar de los consumidores. Tuvo una posición contraria a la de un Estado abstencionista o exclusivamente regulador en el ámbito económico, pues consideró que se encontraba obligado a promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales, tangibles y lleguen a todos los ciudadanos...⁸

El mismo autor afirma, que quien estaba encargado a la promoción del desarrollo económico, social, formular y la planificación la política económica pública y de concertar con la

⁸ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, *"La libertad de Empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado en Libro Homenaje a Jorge Avendaño"*, p, 517.

actividad privada, era el Estado ...⁹

b) Economía liberal 1990 – 2016

En ese contexto, en agosto de 1990 se inició el programa de estabilización con la finalidad de detener la hiperinflación. La primera medida consistió en abandonar el sistema de tipo de cambio fijo e implementar un sistema de flotación sucia (se fija en función de la oferta y la demanda). La segunda consistió en eliminar las fuentes de expansión de la emisión primaria, lo cual significó eliminar el financiamiento al gobierno (hecho que también se consagró en la Constitución de 1993, prohibiéndose al BCRP financiar al erario – artículo 84°) y a la banca de fomento. Esta situación permitió que en 1991 comience el ancla de base monetaria (uso del agregado monetario como sustento de un programa de estabilización). En consecuencia, el BCRP no volvió a financiar al sector público y se liquidó la banca de fomento, que fueron los principales factores que ocasionaron un aumento desmesurado de la emisión primaria, lo que generó elevados niveles de inflación (déficit fiscal). En términos generales, durante los noventa del siglo pasado, nuestro país se reformó.

Sin embargo, para algunos autores como Fernández Salgado el régimen económico sigue siendo ortodoxamente liberal, pues aún tiene al Estado con las manos atadas, siendo sólo un mero vigilante de la libre competencia en las actividades económicas del país, porque ha desaparecido todo principio valorativo inspirador del régimen económico y se ha producido una privatización generalizada de la vida económica, desapareciendo la posibilidad de reservar por ley al estado

⁹ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, “*El principio de Subsidiariedad en Materia Económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*”, p. 68.

actividades productivas o de servicios.¹⁰

En el sentir de Omar Cairo, la ola liberal ha llevado en nuestro medio a restringir al máximo la participación del Estado en la vida económica, convirtiéndolo en guardián del interés privado, obligándolo a una neutralidad inaceptable pues debe ser el primer interesado en el desarrollo económico del país...¹¹

c) Economía neoliberal

En las palabras de Wilker citado por Rodríguez Cairo, hoy en día predomina un nuevo sistema: el neoliberalismo, el cual no se opone “en principio a la intervención del Estado en la economía, sino sólo en casos concretos y particulares...”¹²

Para el autor Fernando Sánchez Albavera citado por Kresalja Baldo, el régimen económico se debe definir como una economía mixta de planificación concertada que no tiene que ver con una economía liberal o privatista como de una economía estatista o de planificación centralizada. Sigue diciendo el referido autor que si bien en la constitución no se precisa la magnitud que alcanzaría la participación del Estado dentro de la economía nacional, éste se obliga a promover la racional utilización de los recursos y la distribución equitativa de los recursos y de los ingresos, conceptos que exceden los principios de una economía liberal, más aún cuando el estado debe regular el uso de los factores productivos y fijar criterios para que estos sean utilizados en función del interés social.¹³

En oposición a lo dicho anteriormente tenemos a Ochoa Cardich, quien afirma que el neoliberalismo de los últimos años apunta contra la fundamentación misma de la idea redistributiva

¹⁰ Citado por KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, Ob. Cit., p, 116.

¹¹ *Ibíd.*, p, 126.

¹² RODRÍGUEZ CAIRO, Vladimir, Ob. Cit., p, 30.

¹³ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, Ob. Cit., p, 83.

del Estado y la presencia del sector público por considerar que distorsiona y obstruye el proceso económico del sector privado, habiéndose suprimido o congelado en la carta de 1993 aquellas previsiones constitucionales que habilitaban el internacionalismo económico estatal.¹⁴

Del mismo pensar es Bernal, aunque no niega que la Constitución de 1993 no excluye que el Estado fije objetivos y prioridades en mira al desarrollo económico del país...¹⁵

lo que no puede ocultarse es que el proceso de privatización alentado por la corriente neoliberal, ha dado como resultado que muchas de las empresas estatales deficitarias pasaran ahora a formar parte de conglomerados extranjeros, habiendo el Estado peruano dejado inclusive de orientar el proceso económico, tal como lo manda el artículo 58° del propio texto vigente al no contar con ningún instrumento planificador.¹⁶

B) Desarrollo económico del país 1980 hasta la actualidad

En principio, la economía peruana en los últimos treinta años atravesó un periodo de contracción en las décadas de los setenta y ochenta, y otro de recuperación desde los noventa. Esto empezó en su primera fase durante el régimen militar donde el Estado tomo un papel totalmente intervencionista, iniciándose una abierta participación del Estado en la actividad económica nacional. Durante estos años el Estado peruano se convierte en el principal agente económico, no sólo por un fuerte manejo de la actividad económica a través de una serie de medidas controlistas, sino también por su considerable participación en la actividad productiva mediante la aparición de diversas empresas públicas gran parte de las cuales fueron

¹⁴ *Ibíd.*, p, 118.

¹⁵ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, Ob. Cit., pp, 119-120.

¹⁶ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, Ob. Cit., pp, 130-131.

expropiadas al capital privado nacional y extranjero.

En los años de 1985 a 1990, fue un régimen populista desenfrenado del gobierno de Alan García, una desastrosa administración que hace posible que empiecen a difundirse con éxito en el Perú las nuevas ideas liberales, así como la transformación en la conducta de Fujimori frente a estas ideas, buscando poderes más amplios, fue este gobierno que tras la aplicación de una serie de políticas de corte heterodoxo, llevó la crisis que afectaba la economía peruana desde principios de la década de los ochenta al extremo. El aparato estatal empezó a crecer desmedidamente, se multiplicó el número de servidores públicos y se incrementaron los sueldos sin guardar relación alguna con criterios normales de carrera pública o productividad. El Estado prácticamente llegó a una situación de colapso. La hiperinflación—que llegó a su nivel más álgido en 1990 con una tasa anual de 7 mil por ciento no solo destruyó los ingresos familiares, sino también los del gobierno.

Por otro lado, se encuentra que la productividad total de factores jugó un rol fundamental para explicar las diferencias en el crecimiento entre estos dos periodos, y que parte de la recuperación económica puede ser atribuida a las reformas económicas implementadas durante mediados de los noventa.

En tercer lugar, una de las más importantes características de la historia del crecimiento económico en el Perú, la elevada volatilidad, prácticamente ha estado ausente durante los últimos cinco años.

Un cuarto punto que se aborda, es que si bien existe una relación clara entre crecimiento y reducción de la pobreza, durante los últimos cinco años esta parece haberse debilitado, en un contexto de estancamiento de las reformas estructurales y de una carencia de instituciones que permitan al Estado

cumplir con su rol.¹⁷

En el análisis de Abusada, en 1990, el nuevo gobierno encontró una economía sumida en una profunda recesión y al país en una situación de caos social, reflejado no sólo en la violencia terrorista sino también en la hiperinflación, el desempleo y la pobreza generalizada. En este contexto, la reforma comercial tuvo como objetivo principal incrementar la competitividad del aparato productivo peruano mediante una progresiva liberalización unilateral, así como la búsqueda de la reducción de los aranceles enfrentados por las exportaciones peruanas en mercados internacionales.¹⁸ Sigue expresando el autor, sin embargo, quizás el resultado más trascendental de la reforma comercial peruana fue la significativa reestructuración de la industria peruana. Este proceso, inevitable en toda reforma comercial, tuvo dos caras: implicó la desaparición de muchos sectores —la mayoría de los cuales basaba su existencia en la protección que recibían— y, por otro lado, tuvo resultados bastante positivos para un grupo mayor de industrias que lograron adecuarse al nuevo esquema y pudieron incrementar su competitividad para competir con la oferta de bienes importados. Como señala Zavala citado por Abusada uno de los puntos estratégicos estructurales para salir del problema, fueron las privatizaciones de las empresas públicas.

El proceso de privatización tuvo sus bases en la promulgación del D. L. 674—Ley de Promoción de la Inversión Privada—en Empresas del Estado. Los objetivos del proceso fueron establecer un Estado más pequeño y eficiente, fomentar la inversión privada, el crecimiento económico, la generación de empleo y, la mejora de la calidad y cobertura de los servicios públicos. El organismo encargado de llevar el proceso fue

¹⁷ ABUSADA Roberto y CUSATO Antonio, “*Instituto Peruano de Economía: crecimiento e instituciones en el Perú: 1970 – 2006*”, p, 20.

¹⁸ ABUSADA Roberto y CUSATO Antonio, Ob., Cit., p, 19.

COPRI, la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), que tenía como órganos ejecutivos los Comités Especiales de Privatización (CEPRI).¹⁹ Es por ello que en 1992 se estableció el marco normativo necesario para incentivar la inversión privada. La Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada garantizaba el desarrollo de la inversión bajo los principios de libre competencia, libre iniciativa e igualdad de derechos para inversionistas nacionales y extranjeros.

En este contexto, como señala Ugarte, la reforma de la economía fue el hilo conductor que marcó las prioridades de las reformas parciales que se dieron en el Estado, y no una reforma planificada de la administración pública. Por ello, se diseñaron durante los noventa procesos aislados de reforma en entidades consideradas claves para la reforma de la economía, con el objetivo final de promover la competitividad, aumentar la recaudación y mejorar la eficiencia del gasto público. Así, se dio una reforma de aduanas en el marco de la apertura comercial de la economía, junto con la desregulación de las actividades comerciales e industriales se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), y se potenció la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat).

La privatización de empresas de servicios públicos llevó a la creación de organismos reguladores, que si bien no han estado exentos de críticas, en función del poder económico que regentan los regulados, pues aquellos puede ser capturados y puestas al servicio de sus intereses de los que poseen el poder económico. En concreto, se trata de discutir cómo evitar que el regulador caiga en manos del regulado. Un punto decisivo deriva una vez más de la asimetría de información. Esta vez entre el regulador y el regulado, poniendo al público

¹⁹ ABUSADA Roberto y CUSATO Antonio, Ob., Cit., p, 20.

momentáneamente de lado,²⁰ tal como lo señala Ogus Anthony,²¹ sin embargo estos entes reguladores han logrado un mejor desempeño en un mar de instituciones poco eficientes. Por otro lado, se mantuvo o mejoró el desempeño de instituciones como el Banco Central de Reserva (BCRP), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS). Ugarte citado por Abusada y Cusato, califica a estas entidades como “una suerte de islas de eficiencia en medio de la burocracia del Estado.”²²

En ese sentido citamos a North Douglas citado por Guzmán Napuri Christian, quien expresa que el desarrollo económico no depende en realidad de las transformaciones tecnológicas, sino más bien se sustenta en la solidez y desarrollo de las instituciones.²³

Por el contrario, para otros, el desarrollo de nuestra economía; está en relación con otros países como China como consecuencia de las relaciones de las actividades económicas a nivel mundial (globalización), tal como lo indica la asociación de bancos del Perú (Asbanc).²⁴

2.2.2. Principios Constitucionales en las Relaciones Comerciales

2.2.2.1. Principios Constitucionales que protegen a la persona

El profesor de Oxford, Ronald Dworkin... llama principio a un estándar que ha de ser observado, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

²⁰ INFORME GENERAL, “Indecopi y los organismos reguladores”, Recuperado [24-11-2016], en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/CIDEF/oscuga/InformeINDECOPi.pdf>

²¹ Citado por: FARJE PALMA, Isaías Manuel, “Impacto de las Decisiones Políticas en la Autonomía y Gestión de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, caso Osinergmin”, Recuperado [24-11-2016], en file: ///C:/Users/USUARIO/Downloads/FARJE_PALMA_ISAIAS_MANUEL_IMPACTO.pdf.

²² Citado por: ABUSADA Roberto y CUSATO Antonio, Ob. Cit., pp, 21-26.

²³ GUZMÁN NAPURI, Christian, “Introducción al Derecho Público Económico”, p, 29.

²⁴ ASBANC SEMANAL, “Economía peruana: balance del 2015 y perspectivas para el 2016”, p, 2.

Por ello se dice que los principios, poseen una estructura abierta y flexible.²⁵ Estos principios se distinguen entre principios explícitos e implícitos los primeros serían los reconocidos por el ordenamiento jurídico y que pueden ser constitucionales o legales, según estén recogidos o no en el texto constitucional y los segundos serían, propiamente, los PDG.²⁶

En ese mismo sentido Eloy Suárez afirma que desde una postura iuspositivista los principios generales del derecho son aquellos que están explícitos o implícitos en las normas positivas y se extraen mediante un proceso de inducción y abstracción de ellas.²⁷

El profesor Gustavo Ordoqui Castilla, al explicar el abuso de derecho como principio general de derecho en la Teoría General del Derecho, señala lo siguiente: “Los principios generales en el derecho ocupan un lugar esencial, no son solo normas implícitas o reducidas del derecho positivo, sino principios que están antes de estas normas y que les dan fundamento. Los principios generales del derecho son fuente normal y material del derecho, o sea, son un medio a través del cual se expresa el orden jurídico vigente.”²⁸

En la ciencia del derecho se califican como principios las normas que juegan un papel decisivo en la institución jurídica o en el acto normativo (por ejemplo en una Ley) o en el sistema jurídico completo.²⁹

En el ámbito de la doctrina nacional, se expresa que los principios... del derecho pueden ser ubicados, en primer lugar, dentro de la legislación positiva, mediante abstracción de su

²⁵ Citado por: CAFFERATTA, Néstor A., “*Introducción en el Derecho Ambiental*”, p, 31.

²⁶ *Ibíd.*, p, 134.

²⁷ SUÁREZ, Eloy, “*Introducción al Derecho*”, p, 227.

²⁸ Citado por: OBANDO BLANCO, Roberto, “*Principios generales: El abuso del derecho y la buena fe*”, p, 1.

²⁹ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, “*Los Principios Generales del Derecho*”, pp, 124 -125.

contenido subyacente, mediante los procedimientos correspondientes al método lógico, que indaga la ratio legis de la norma.³⁰

Los principios constitucionales, además de compartir los contenidos y características de los principios como normas de mandato, han sido entendidos como normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por si misma proyección normativa.³¹

El Estado Peruano de acuerdo a las disposiciones vigentes, está obligado a respetar la libertad de trabajo y empresa, reconoce el pluralismo económico y combate toda práctica que limite la libre competencia y el abuso de posiciones dominantes o monopolios.³²

Podemos decir que los factores desestabilizadores del sistema constitucional se manifiestan tanto en el orden político como económico. Consisten sustancialmente en abuso del poder que lesionan valores esenciales del Estado social y democrático de Derecho.³³

Habiéndose expresado lo concerniente a los principios, ahora nos remitiremos a tratar sobre los principios constitucionales de la persona que defiende el Estado, por ser considerada la persona protagonista esencial de la vida del derecho y centro en torno al cual se construye y estructura el ordenamiento jurídico. En pocas palabras: el ser humano mirado desde el

³⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “*Los Principios Generales contenidos en el Código Civil Peruano de 1984*”, p, 409.

³¹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel, “*Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*”, p, 79.

³² FLINT BLANCK, Pinkas, “*Tratado de Defensa de la Libre Competencia: estudio exegético del D. L. 701 Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*”, p, 69.

³³ ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTIN, Adán, “*Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*”, p, 394.

prisma jurídico, tal como lo afirma Corral H.,³⁴ estos principios son los siguientes:

A. La igualdad

El principio de igualdad es consagrado en nuestra constitución como valor superior de todo nuestro orden jurídico-político y como derecho fundamental de los ciudadanos.³⁵

Según lo pensado por G. Leibholz y G. Muller citados por Luis Villacorta, la realización práctica del principio de Igualdad queda en amplia medida supeditada a la cultura espiritual de cada época y espacio territorial,³⁶ toda vez que si ciertamente el significado del mismo está determinado por el orden constitucional, en la medida de lo posible, también lo va a estar, y no en menor grado, por la atmosfera política social y jurídica de cada Estado concreto,³⁷ en consecuencia, la configuración del Estado social de derecho en la constitución... implica la afirmación de un principio que se ajusta a una realidad propia del mundo occidental, que trasciende a todo el ordenamiento jurídico.

Su contenido señala, que todos debemos ser tratados con igual consideración y respeto, y que si se presenta una diferencia de trato, esta debe ser justificada.³⁸

Ciertamente, el derecho de todos los ciudadanos del Estado, convive a partir de este momento con el derecho general de todos los individuos a recibir el mismo trato por parte de los poderes públicos. Se establece, por consiguiente, no una relación de equilibrio o de limitación recíproca entre la

³⁴ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, *“Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la vida y Aborto”*, p, 5.

³⁵ IVARS BAÑULS, José y ROMERO SAURA, Fernando, (coord.), *“Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana”*, p, 175.

³⁶ VILLACORTA, Luis, *“Principio de Igualdad y Estado Social: apuntes para una relación sistemática”*, p, 25.

³⁷ VILLACORTA, Luis, Ob. Cit., p, 26.

³⁸ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel, Ob. Cit., p, 137.

democracia y el estado social, sino más propiamente una relación unilateral de impulso y apoyo que parte de la democracia.³⁹

El principio de igualdad ante la Ley, que es expresión de la voluntad general de todos nosotros como está estipulado en el artículo 6 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 debe ser la misma para todos tanto si protege como si castiga.⁴⁰ En consecuencia la igualdad no admite ninguna distinción por nacimiento, ni ninguna herencia de poder.

Sin embargo, la realidad demuestra que existen una serie de desigualdades en la sociedad, lo que obliga a adoptar medidas orientadas a lograr que el derecho a la igualdad no se agote en su reconocimiento formal (igualdad formal), sino que existan iguales oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas (igualdad material). Estas medidas pueden implicar un trato desigual, lo que no es considerado como una discriminación sino una diferenciación.⁴¹

B. A LA LIBERTAD

Respecto a este principio constitucional al Estado le corresponde como fin primordial el establecer las condiciones adecuadas para que el hombre pueda alcanzar el libre y pleno desarrollo de su personalidad... para alcanzar su plenitud exige como condición sine qua non la libertad.⁴² Como lo expresa Gonzales Navarro.

³⁹ VILLACORTA, Luis, Ob. Cit., pp, 29-32.

⁴⁰ PÉREZ LUÑO Antonio, "*Dimensiones de la Igualdad*", p, 29.

⁴¹ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, "*El Derecho a la Igualdad*" recuperado [21-03-2018] en: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/7686-30153-1-PB%20(1).pdf. p, 2.

⁴² Citado por: SALVADOR ARMENDÁRIZ, María, "*Banca Pública y Mercado: implicaciones jurídicas – públicas de la paridad de trato*", p, 143.

Esta libertad constitucional no es absoluta, sino que tiene que respetar ciertos límites... la libertad de negociación de los particulares, el perjuicio de los terceros.⁴³

Esta libertad es inherente a toda persona, razón por el cual el Estado peruano a través de su carta magna, está en la obligación de respetarla y hacerla respetar en relación con los demás seres humanos que componen la sociedad, así como procurar brindar las condiciones adecuadas para poder alcanzar el libre y pleno desarrollo de la personalidad

B.1 Económica

Para don Raúl Bertelsen, la libertad económica, significa que toda persona, sea esta persona natural o jurídica tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la actividad económica, garantizado, por consiguiente, la normativa constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todos tipos de bienes bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea considerada en si misma ilícita, y lo son solo las que la Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional y la segunda que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen.⁴⁴

Según la información otorgada por Radio Programa del Perú (RRP) de este año. En la actualidad respecto a la libertad económica nuestro país ocupa el puesto 49 a nivel mundial. El informe señala que la corrupción es un problema grave en el gobierno nacional, las fuerzas de seguridad, poder judicial, los

⁴³ LUQUE MATEO, Miguel, HINOJOSA TORRALVO, Juan, “*La Lucha Contra el Fraude Fiscal: procedimientos y medidas administrativas y penales*”, p, 29.

⁴⁴ Citado por: NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “ *La libertad económica y su protección*”, Recuperado [21-03-2018] en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaLibertadEconomicaYSuConsagracionConstitucional-2650339.pdf>, p, 3.

organismos de aduanas, puertos, y los gobiernos locales. Sin embargo a margen de todo esto, el país mejoró en libertad financiera, mientras que se mantuvo sin cambios en derecho de propiedad, libertad frente a la corrupción, libertad comercial, libertad de inversión y libertad financiera. Solo subió en libertad empresarial.⁴⁵

Sin embargo, según el índice de libertad económica, el Estado peruano y, en general, la regulación en nuestro país ejercen todavía en nuestro país una presión importante sobre la actividad económica.⁴⁶

B.2 De empresa

Tomaremos el concepto de Rubio Correa expuesto por Guzmán Napuri, la libertad de empresa es el mecanismo a través del cual el ser humano hace efectivo su deseo de procurar satisfacer necesidades de los demás a través de la actividad empresarial y con un legítimo afán de lucro.⁴⁷

Nuestra Carta Magna estimula y garantiza la libertad de empresa tal como lo estipula y se contempla en su artículo 59° cuyo tenor es el siguiente:

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas las modalidades.”⁴⁸ ...Este derecho

⁴⁵ RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ “*Libertad Económica: Perú cae al puesto 49*” en *índice mundial*, Recuperado [24-11-2016] en <http://rpp.pe/economia/economia/libertad-economica-peru-cae-al-puesto-49-en-indice-mundial-noticia-936313>.

⁴⁶ DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier, BULLARD GONZALES, Alfredo, Luis y otros, “*Homenaje a Jorge Avendaño*”, p, 341.

⁴⁷ GUZMÁN NAPURI, Christian, Ob. Cit., p, 37.

⁴⁸ FLINT BLANCK, Pinkas, Ob. Cit., p, 396.

consiste en poder iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial.⁴⁹

La libertad de empresa aparece configurada como aquel que asiste a todo ciudadano de participar libremente, mediante la utilización de recursos privados, en la creación, dirección y administración de organizaciones individuales o societarias encaminadas a la producción de bienes y servicios y a un intercambio en el mercado.⁵⁰

Ciertamente este principio impone un límite al intervencionismo público en la ordenación de la economía, en la medida en que se puede entenderse que constituye un derecho subjetivo que los ciudadanos podrán alegar cuando entiendan que el poder público recorta de forma no justificada su libertad de emprender y ejercer una actividad económica.⁵¹

La libertad de empresa consiste en la posibilidad de crear libremente personas jurídicas dedicadas a actividades lucrativas, en las distintas formas que ellas asumen. La libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual.⁵²

A través de este principio, la Constitución permite que se discuta la constitucionalidad de las normas que, de una u otra manera, atenten contra aquél.⁵³

⁴⁹ APARISI MIRALLES, Ángela, *“El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el derecho”*, p. 121.

⁵⁰ OTONÍN BARRERA, Fernando, *“La Ordenación de los Establecimientos Comerciales: especial referencia a las licencias comerciales”*, p. 64.

⁵¹ TORNOS MAS, Joaquim (Coord.), *“Ordenación Económica”*, p. 218.

⁵² JURISPRUDENCIA DE IMPACTO, *“Interpretaciones Sobre el Régimen Económico Constitucional: Funciones fundamentales del estado en materia económica”*, p. 13.

⁵³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique, y OTÁROLA PEÑARANDA, (Col.), *“La Constitución de 1993: análisis comparado”*, Recuperado [20-10-2016] en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/DD60BF7FE0882EE3052578ED00705992/\\$FILE/Const.Comentada_Bernales_Indice_R%C3%A9gimenEcon%C3%B3mico.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/DD60BF7FE0882EE3052578ED00705992/$FILE/Const.Comentada_Bernales_Indice_R%C3%A9gimenEcon%C3%B3mico.pdf), p. 18.

Para García de Enterría, la libertad de empresa implica la posibilidad de crear organizaciones empresariales, dentro de las márgenes fijadas por la Ley, los cuales son suficientemente amplios, así como la libertad de adquirir organizaciones ya existentes.⁵⁴

En las palabras de Ochoa Cardich, sólo una minoría privilegiada tiene acceso a ella, los que pueden, en consecuencia, disfrutarla para el desarrollo de su personalidad.⁵⁵

Sin embargo para Bernales Ballesteros el ejercicio de este derecho está limitado, pues no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni la seguridad pública.⁵⁶ En ese mismo sentido el tribunal constitucional determina los límites a la libertad de las personas con derecho de crear una empresa.⁵⁷

Según Guzmán Napuri,...el derecho que se encuentra limitado más evidente por la regulación económica es la libertad de empresa.⁵⁸

... evidentemente, el modelo económico constitucional...forma parte de un modelo más general de entendimiento de las relaciones entre el poder y el hombre, y del papel que respectivamente ocupan el estado, la sociedad y el individuo.⁵⁹

B.3 Contratar

En el artículo 2° inciso 14 de nuestra carta magna se ha dicho ya que toda persona tiene derecho a: “contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público”, en ese sentido se complementa con el artículo 62° de la misma

⁵⁴ Citado por: GUZMÁN NAPURI, Christian, Ob. Cit., p. 39.

⁵⁵ OCHOA CARDICH, César, “*Jurisprudencia Constitucional Económica*”, p. 118.

⁵⁶ Citado por: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, Ob. Cit., p. 120.

⁵⁷ Véase el EXP N°3330-2004-AA/TC, fundamento 32 (restricciones a la libertad de empresa).

⁵⁸ GUZMÁN NAPURI, Christian, Ob. Cit., p. 90.

⁵⁹ SALVADOR ARMENDÁRIZ, María, Ob. Cit., p. 142.

carta magna, la cual estipula que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Además el Estado mediante contratos-ley, puede establecer garantías y otorgar seguridades. En esa dirección la jurisprudencia constitucional reconoce al orden público económico como límite a la libertad de contratación.⁶⁰

En el enfoque de Bernalles Ballesteros la libertad de contratación ha sido establecida como derecho fundamental de las personas. El artículo líneas arriba mencionado respecto a los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley, que en buena cuenta es como principio general, los de la excesiva onerosidad de la prestación.⁶¹

La libertad contractual existe pero ella tiene sentido cuando por intermedio de ella se logra estructurar una organización empresarial que está por encima del apetito individual de cada socio...por nuestra parte, agregamos que se sobreentiende que esos intereses personales están subordinados al interés social.⁶²

2.2.2.2. Principios Constitucionales de Mercado

Nuestra Constitución en su artículo 58° estipula que la iniciativa privada es libre, por lo que Marcial Rubio afirma la economía

⁶⁰ Véase el EXP N° 0001-2005-PI (obligación de contratar seguros a través del denominado seguro obligatorio de accidentes de tránsito-SOAT- fundamento 53).

⁶¹ BERNALLES BALLESTEROS, Enrique, y OTÁROLA PEÑARANDA, (Col.), Ob. Cit., p, 28.

⁶² ECHAIZ MORENO, Daniel, *“Derecho Societario: un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios”*, p, 21.

social de mercado es una condición importante del Estado Social y Democrático de Derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia.⁶³

En esa misma dirección el tribunal constitucional afirma que la economía social de mercado en un Estado de derecho social y democrático su objetivo último sería... el aseguramiento de la calidad de vida de la población y la transformación de la productividad individual en progreso social para todos.⁶⁴

“Sin embargo por que asistimos a una verdadera revolución, a un aumento espectacular de los flujos de bienes, servicios e inversiones entre países, gracias a la reducción de los costes del transporte y de las comunicaciones, y a la apertura de los mercados, que casi ha generalizado el libre comercio y la interdependencia entre los Estados.”⁶⁵

En este nuevo orden, las concepciones tradicionales sobre el Estado resultan inadecuadas, porque se ha producido un desplazamiento de los centros de poder en una doble dirección: hacia organismos supranacionales y hacia sectores privados, con lo que el Estado ha ido perdiendo soberanía.

Del mismo pensar son Marcial Rubio y Enrique Bernal, citados por Kresalja Baldo, quienes creen, que no es posible el funcionamiento real de la economía de mercado, así como tampoco que los consumidores puedan elegir los productos que más les conviene, por la presencia de poderes monopólicos y transnacionales. Afirman que nuestro destino con un sistema social de mercado consiste en ser cada vez más pobres y que ello es la esencia de la lógica monopólica... pues es un sistema que beneficia centralmente al capital extranjero,

⁶³ RUBIO CORREA, Marcial, “*El Estado Peruano Según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, p. 87.

⁶⁴ Véase el EXP. 018-2003-AI/TC. (noción y fin de la economía social de mercado).

⁶⁵ LUQUE MATEO, Miguel, HINOJOSA TORRALVO, Juan, Ob. Cit., p. 8.

que impide el control del Estado y la promoción de un verdadero desarrollo en base de nuestros recursos y posibilidades.⁶⁶

El esfuerzo de poner en funcionamiento una economía social de mercado en el Perú, (...) ha obligado a poner en vigencia y aplicación un conjunto de dispositivos legales que contribuyan a que los empresarios y comerciantes luchen por conquistar sus clientela con las armas... de la eficiencia, calidad, oportunidad y precio, dispositivos que tiene entroncamiento con principios constitucionales como el de la libertad de empresa.⁶⁷

Para Omar Cairo en sentido opuesto de lo que se dice respecto al concepto de economía social de mercado, este no ha sido acogido en la Constitución de 1993, por haber dejado de lado los componentes esenciales de ese sistema, que estaban incorporados en la Constitución de 1979, pues esta buscaba que el desarrollo económico no fuera sólo para enriquecimiento, sino para promover al hombre y a la sociedad.⁶⁸

En un pensamiento contrario a los autores anteriores se encuentra Ochoa quien afirma que debemos mirar a la actividad empresarial del Estado como producto de un derecho que le atribuye el reconocimiento de la igualdad jurídica de la iniciativa pública en la actividad económica. Asimismo, que la expresión economía social de mercado no debe leerse en sentido restrictivo o neoliberal sino en el sentido de economía de mercado socializada, que mediante instrumentos extra mercado como la planificación y el concepto de interés social, permitan una acción reguladora que oriente al mercado a

⁶⁶ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, Ob. Cit., pp, 88-89.

⁶⁷ ROSASCO DULANTO, Virginia, "*Evolución del Derecho Marcario Peruano (1985-1994)*", pp, 19-20.

⁶⁸ Citado por: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, Ob. Cit., p, 126.

cumplir fines que no puede conseguir por sí mismo pero que lo dotarán de un horizonte social.⁶⁹

...Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.⁷⁰

El Tribunal Constitucional, mayormente ha señalado que la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido que si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva. Esta función reguladora del estado se encuentra prevista en los artículos 58, 59 y 61 de la Constitución.⁷¹

Para algunos autores la economía de mercado y su fuerza no solamente han cambiado el esquema jurídico, sino que con ella la actividad de la comunidad y de los agentes económicos se ha modificado.⁷²

2.2.2.2.1. Libertad del pluralismo económico

El concepto de pluralismo económico cobró fuerza en el Perú en la década de los setenta, cuando el gobierno militar del general Velasco puso en práctica su plan de reformas estructurales. Fue recogido por

⁶⁹ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, Ob. Cit., pp, 81-82.

⁷⁰ JURISPRUDENCIA DE IMPACTO, Ob. Cit., p, 16.

⁷¹ VÉASE la STC 1963-2006-AA, FJ 3-8.

⁷² SOTOMONTE S., Saúl y ORTIZ BAQUERO Ingrid, “*Del Derecho Comercial al Derecho del Mercado*”, p, 11.

la Constitución de 1979, que en su artículo 112° señaló que “la economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa”. Este pluralismo es la posibilidad de que en el mismo sistema económico coexistan diversas formas empresariales.⁷³

En la actualidad esta formalizada en el artículo 60° de nuestra Constitución, que en principio indica: el Estado reconoce el pluralismo económico y ello implica la necesidad de que la actuación pública en materia empresarial sea eficiente y compita sin preferencias en los supuestos excepcionales en que puede hacerlo, razón por la cual la actividad pública y privada recibe el mismo tratamiento.⁷⁴ Tal como indica Ochoa Cardich.

2.2.2.2.2. Libertad al libre comercio

Este principio constitucional esta expresado en el artículo 59° de nuestra Carta Magna y consiste en la posibilidad de hacer circular libremente los bienes en la sociedad. Es comprar y vender en el mercado, tanto nacional como internacional, sujeto a las regulaciones y limitaciones que se establezcan pero que, en ningún caso, podrán estorbar lo esencial de esta libertad.⁷⁵

En esa dirección el tribunal constitucional la define como la capacidad auto determinativo para mediar entre la oferta y la demanda de bienes o de servicios

⁷³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique, y OTÁROLA PEÑARANDA, (Col.), Ob. Cit., p, 21.

⁷⁴ Citado por: GUZMÁN NAPURI, Christian, Ob. Cit., pp, 41-42.

⁷⁵ GUZMÁN NAPURI, Christian, Ob. Cit., p, 18.

para promover, facilitar o ejecutar los cambios y obtener con ello un beneficio económico calculado sobre las diferencias de valores. Es decir, implica la facultad de poder elegir y obrar en la organización y desarrollo de una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de consumidores o usuarios.⁷⁶

2.2.2.2.3. Libertad a la libre competencia

La libre competencia es la concurrencia de oferta y demanda en el mercado con la menor interferencia de situaciones extrañas a ellas, a fin que los valores de mercado reflejen el punto de equilibrio entre una y otra, y sean entonces estas condiciones las que rijan las relaciones económicas.

Según la parte inicial del artículo 61° el Estado tiene los deberes de facilitar y vigilar la libre competencia. En otras palabras debe establecer las normas, condiciones y procedimientos en los que la libre competencia pueda desarrollarse de la mejor manera.⁷⁷

Para Cases Pallares Luis, el derecho de la competencia no busca regular el comportamiento empresarial, sino más bien asegurar que el mismo se ajuste a los resultados que se pretenden obtener de la competencia en el mercado. Así mismo, no pretende reemplazar al mercado, ni simular su comportamiento, sino asegurar las condiciones para

⁷⁶ Véase el EXP. N° 018-2003-AI/TC.

⁷⁷ BERNALES BALLESTEROS, Enrique, y OTÁROLA PEÑARANDA, (Col.), Ob. Cit., p, 23.

su desempeño eficiente.⁷⁸

2.2.3. La Persona Jurídica y el Derecho de Sociedades

2.2.3.1. Evolución histórica de la persona jurídica

La evolución de esta figura jurídica que tiene alcance mundial se da de forma distinta, en función del alcance legal de los países que adaptaron esta forma, para agilizar las relaciones contractuales entre ellos.

Así tenemos que en el antiguo derecho alemán, de acusada tendencia asociacional, el individuo en sí mismo nada significa para el derecho, sólo en cuanto es miembro de un grupo social. En la edad media es cuando la asociación evoluciona. De ser únicamente la suma de sus miembros, pasa a reconocérsele autonomía frente a estos, a considerar a los integrantes, sujetos distintos del orden legal.⁷⁹

El derecho europeo germánico es invadido por la doctrina romana, en la forma en que la habían configurado en Italia los pos- glosadores y los canonistas.

De este modo se presenta la *societas*, que se distingue de la *universitas*. En la primera existe una relación obligatoria entre los socios. No es sujeto de derecho por lo tanto no posee capacidad de obrar. Existe un patrimonio que le pertenece a todos (copropiedad).

En cambio en la segunda, es un auténtico sujeto de derecho, una persona distinta de los miembros que la conforman, existe frente a ellos. Así que la *universitas* tiene capacidad de obrar,

⁷⁸ Citado por: GUZMÁN NAPURI, Christian, Ob. Cit., p, 44.

⁷⁹ ELCHEVERRY, Raúl Aníbal, “Derecho Comercial y Económico: formas jurídicas de la organización de la empresa”, p, 16.

patrimonial y procesal; puede tener sus propios créditos y sus propias deudas. No responde por los actos de sus miembros, y su existencia es independiente de la existencia o cambio de sus componentes.⁸⁰

Sigue manifestando el autor, más tarde aparece la división entre *universitas personarum* y *universitas honorum*. El choque y la interacción entre el sistema romano y el germánico fueron inevitables. De ahí nacen los ordenamientos jurídicos actuales y sus alcances legales.⁸¹

Sin embargo, para otros autores como Espinoza Espinoza Juan, afirman... Si bien es cierto que algunos autores se remontan al derecho romano para explicar los orígenes de la persona jurídica. A nivel doctrinal como apunta Capilla Roncero⁸² le debemos a Sinibaldo Flisco, quien después fuera el papa Inocencio IV, el introducir el término “persona ficta” a mediados del siglo XIII, a raíz de unos comentarios decretales. Por cuanto en la época existían pugnas entre el imperio y la iglesia, pues ésta por el poder que tenía excomulgaba ciudades debido a que éstas eran consideradas como personas. Sinibaldo observó que esta atribución de personalidad era de carácter ficticio y, por lo tanto, no debía comprometerse a todos los ciudadanos de la localidad excomulgada, ya que existían aquellos que eran inocentes.

De ahí nace lo dicho por Savigny, respecto a la naturaleza de la persona jurídica, afirma que aquella es resultado de una operación de puro fingimiento, esto es a mediados del siglo XIX. Punto que veremos en el siguiente ítem.

⁸⁰ ELCHEVERRY, Raúl Aníbal, Ob., Cit., p, 16.

⁸¹ *Ibíd.*, pp, 16-17.

⁸² ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “*Derecho de las Personas*”, p, 711.

2.2.3.2. Naturaleza jurídica de la persona jurídica

No cabe la menor duda que la persona jurídica es creada por las personas físicas con vistas a la consecución de determinados fines que de otra manera no sería posible conseguir.

Dicha presencia no es un hecho imprevisto ni aislado, su existencia ha sido explicada en diferentes épocas de la historia a través de varias teorías que las vamos a conceptualizar a continuación:

2.2.3.2.1. Teorías de la personalidad jurídica

2.2.3.2.1.1. Teoría de la ficción

Su más grande expositor fue Savigny, quien decía que la persona jurídica coincide con el concepto de hombre en particular. Pero puede ser extendida a sujetos artificiales creados por simple ficción. Tal sujeto se llama persona jurídica, esto es persona que subsiste solamente para un objeto jurídico.⁸³

En las palabras de Vodanovic H., Antonio y otros, de acuerdo a esta teoría los seres humanos son los únicos que existen. Las personas jurídicas, cuya existencia es meramente ideal, son ficciones creadas por el legislador: éste, fundado en razones de interés general, finge la

⁸³ GILBERTO VILLEGAS, Carlos, “*Tratado de las Sociedades*”, p, 39.

existencia de estas personas, carentes de realidad, haciéndolas jugar un papel análogo al de las personas humanas.⁸⁴

En esa misma línea de pensamiento se encuentra Sinibaldo de Flisco cuando afirma que el Estado reconoce a la persona jurídica tomando como referencia a las ciudades, pues estas ejercen derechos en forma corporativa, y siendo esto así, también deberían asumir responsabilidades, por lo tanto ante estos hechos las ciudades actúan como personas.⁸⁵

De pensamiento contrario es Capilla Francisco citado por Seoane Mario, quien afirma, la persona jurídica no es una ficción, sino una realidad, por lo cual el derecho no otorga más la personalidad jurídica, tan solo se limita a reconocer una realidad pre-existente, que significan los grupos portadores de interés propios y distintos de los individuales de sus miembros con voluntad propia, conformada y expresada a través de los órganos de la comunidad.⁸⁶

⁸⁴ VODANOVIC H., Antonio, SOMARRIVA U., Manuel, y ALESSANDRI R., Arturo, *“Tratado de Derecho Civil: parte preliminar y general”*, p, 508.

⁸⁵ SEOANE, Mario, *“Personas Jurídicas: principios generales y su regulación en la legislación peruana”*, p, 38.

⁸⁶ *Ibíd.*, p, 40.

2.2.3.2.1.2. Teoría del órgano

Su expositor Otto Von Gierke, defiende que la persona jurídica es de naturaleza “supraindividual”; que se trata de una persona efectiva y completa, como la persona individual, su alma está en la voluntad común, su cuerpo en el organismo asociativo.⁸⁷

Se le concede a la persona jurídica una vida autónoma, una voluntad propia y un interés particular. Así la persona jurídica es una persona compuesta. Su unidad no llega a ser como un cuerpo humano, sino dentro de un organismo social, que por su estructura orgánica es presentado y designado como un cuerpo con cabeza, miembros y con órganos funcionando.⁸⁸

En ese mismo sentido, Francesco Ferrara la compara con el cuerpo humano que este necesita de sus órganos para poder manifestarse, así la persona jurídica es portadora de una única voluntad a través de sus órganos, aquí no se trata que un representante exprese la voluntad de la persona jurídica, sino que es la misma persona jurídica la que se expresa a través de su órgano.⁸⁹

Pero como estructura social se diferencia de una simple estructura natural en su

⁸⁷ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “*La Persona Jurídica*”, pp, 263-264.

⁸⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob., Cit., p, 712.

⁸⁹ Citado por: SEOANE, Mario, Ob. Cit., p, 40.

esencia interior, pues sus componentes son en sí personas. Las personas jurídicas son organizaciones para el logro de determinados fines.⁹⁰

El carácter organicista⁹¹ de la sociedad se aprecia en que ésta, en tanto es una organización, requiere ordenar sus componentes y aplicar una estrategia corporativa para alcanzar la eficiencia en el mercado.⁹²

Por su parte Vodanovich., Antonio y otros ... la voluntad de una corporación o de una fundación no tienen existencia fuera de la de su asamblea general y de sus administradores...los hombres que ejercen los derechos de la persona jurídica hacen algo más que representarla, encarnan su voluntad; aquella no tiene su voluntad fuera de ellos.⁹³

En esa dirección Serrano Chamorro María, afirma que las personas jurídicas, necesitan valerse de una organización, para conseguir la finalidad perseguida...no puede actuar, por sí misma en la vida jurídica, por carecer de toda realidad física. Ha de actuar o ejecutar su capacidad de obrar por medio

⁹⁰ BONILLA SÁNCHEZ, Juan, "*Personas y Derechos de la Personalidad*", p, 262.

⁹¹ SCHMIDT, Karsten, "*Derecho Comercial*", pp, 124-125.

⁹² ECHAIZ MORENO, Daniel, "*¿Disolver o no Disolver? He ahí el dilema*", p, 23.

⁹³ VODANOVIC H., Antonio, SOMARRIVA U., Manuel, y ALESSANDRI R., Arturo, Ob., Cit., p, 564.

de personas físicas, que actúan como órgano representativo...⁹⁴

2.2.3.2.1.3. Teoría tridimensional

Esta teoría es defendida por Fernández Sessarego, el derecho aparece como la interacción dinámica de tres objetos heterogéneos como son la vida humana, conductas intersubjetivas, los valores y las normas jurídicas,⁹⁵ a través de las que se expresa el cumplimiento de las formalidades dispuestas por el ordenamiento jurídico; este reduce la pluralidad a la unidad, donde los actos de aquella se imputarán a ésta última.⁹⁶ Entendida la persona jurídica como una organización de personas que se agrupan en la búsqueda de un fin valioso y que cumple con la formalidad de la inscripción en el registro.⁹⁷

En el enfoque de Rujana Miguel la teoría tridimensional del derecho está constituida por tres elementos: hechos, valores y normas.⁹⁸ Estos elementos deben verse de manera integrada, conjunta; la conducta humana en su participación integral se orienta hacia fines valiosos, dentro del marco de un sistema de

⁹⁴ SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, “*Nociones de Derecho Civil Empresarial*”, p, 126.

⁹⁵ BONILLA SÁNCHEZ, Juan, Ob. Cit., p, 263.

⁹⁶ Citado por: SEOANE, Mario, Ob. Cit., p, 41.

⁹⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob. Cit., pp, 716-717.

⁹⁸ RUJANA QUINTERO, Miguel, “*Teoría Jurídica: reflexiones críticas*”, p, 111.

normas internas (estatutos) y externas (ordenamiento legal) que regulan su gestión social.⁹⁹

Naturalmente a estos tres elementos, hay que agregarle la acción de la autoridad que es la que finalmente convierte a la conjunción de estos tres elementos en una norma, a la que se le atribuye capacidad para sancionar. Este poder legislativo no es absoluto, sino que también se halla sujeto, en cierta forma, al conjunto de valores y la cultura que rigen en la sociedad a la cual proveen las leyes.¹⁰⁰

2.2.3.2.2. Teorías que niegan la personalidad jurídica

Las tendencias contrarias a la realidad de la persona jurídica culminan en la propuesta de excluir esta figura de la ciencia jurídica. Para los autores, Hart, D'Alessandro y Galgano. Se debe hacer referencia a las tesis que niegan sustantividad a la idea de personalidad jurídica, la cual no es más que una creación del lenguaje jurídico que tiende a simplificar una determinada realidad como consecuencia del sistema de derechos subjetivos y relaciones jurídicas de atribución individual.¹⁰¹ Entre estas teorías se encuentran las siguientes:

⁹⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO citado por: SEOANE, Mario, Ob. Cit., p, 42.

¹⁰⁰ ALEJANDRO RAMOS, Néstor, *"La Filosofía de Miguel Reales"*, p, 126.

¹⁰¹ WOLTERS KLUWER, *"Levantamiento del velo"* Ubicado [02-04-2018] en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAA AUNjQ3MDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAsaFtfjUAAAA=WKE.

2.2.3.2.2.1. Teoría de la Persona como situación jurídica objetiva

Defendida por Kelsen, que refuta la dualidad derecho objetivo/derecho subjetivo, sostiene que los derechos subjetivos no existen sino en cuanto son expresión del derecho objetivo. El derecho subjetivo no es un derecho distinto del objetivo, sino que es el derecho objetivo mismo, en tanto se dirige, con la consecuencia jurídica por él instituida, contra un sujeto concreto (deber) o en tanto que se pone a disposición del mismo (facultad).¹⁰²

2.2.3.2.2.2. Teoría del patrimonio de afectación

Esta teoría sostiene que hay dos clases de patrimonios: la de los pertenecientes a personas determinadas y la de los atribuidos a un fin o destino especial, los cuales no implican el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho distinto de los existentes. Gutiérrez y González, citando a Planiol y Ripert, señala que el patrimonio afectación constituye una universalidad que descansa sobre la común destinación de los elementos que la componen, o con más exactitud, un conjunto de bienes y deudas inseparablemente ligados, por estar

¹⁰² BONILLA SÁNCHEZ, Juan, Ob. Cit., p. 263.

afectos a un fin económico. Esta concepción coincide en que cuando se dice que una sociedad o institución es propietaria de un bien o ha celebrado un contrato, lo que se dice es algo que se predica de ciertas personas físicas.¹⁰³

2.2.3.2.2.3. Teoría de los derechos individuales peculiares

Para Ihering se incurre en un error al atribuir a la persona jurídica derechos subjetivos, pues estos pertenecen a sus miembros, que son los beneficiarios de la utilidad que rinde el patrimonio del ente colectivo. La persona jurídica es un titular aparente, que oculta al verdadero titular; sus miembros...¹⁰⁴

2.2.3.3. Concepciones de la Persona Jurídica

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico la persona jurídica se encuentra regulada en la sección segunda del código civil; sin embargo, no existe una definición como tal, por lo que procederemos a verificar que dice a jurisprudencia y la doctrina respecto a ello.

A la persona jurídica o colectiva podemos definirla como la organización de personas (naturales o jurídicas) que se

¹⁰³ OBANDO, Roberto, “Una Visión Dual de la Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica”. Recuperado [19/10/2016] en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf.

¹⁰⁴ CARHUACTOCTO SANDOVAL, Henry, “La persona Jurídica en el Derecho Contemporáneo: teoría y práctica”, p, 33.

agrupan en la búsqueda de un fin valioso (lucrativo o no lucrativo) y que cumple con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para su creación (que puede ser mediante la inscripción en registros públicos o través de una Ley), como indica Juan Espinoza.¹⁰⁵

De Benito citado por Carhuactocto, define a la persona jurídica como aquella unidad jurídica resultado de una ordenación hacia un fin de derecho público o privado, en la que figuran como componentes persona individuales cuya suma de voluntades engendra una voluntad colectiva, capaz del ejercicio de derecho patrimoniales frente a terceros y aún a sus propios componentes.¹⁰⁶

Para Barbero citado por Elcheverry Raúl, la persona jurídica es una creación formal del derecho, ya que no encuentra correspondencia en la sustancia del ser natural. En virtud de la atribución de la personalidad, la capacidad jurídica y la titularidad efectiva de las relaciones se valoran en correspondencia a la síntesis unitaria de un conjunto de elementos, existentes para el derecho bajo una única personalidad formal.¹⁰⁷

En su sentir de Soto Álvarez las personas jurídicas son asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin, reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho.¹⁰⁸

Por su parte Díez Picasso define a la persona jurídica como las realidades sociales a las que el estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos, sujetos de

¹⁰⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob. Cit., p, 711.

¹⁰⁶ CARHUACTOCTO SANDOVAL, Henry, Ob., Cit., p, 47.

¹⁰⁷ ELCHEVERRY, Raúl Aníbal, Ob. Cit., p, 18.

¹⁰⁸ SOTO ÁLVAREZ, "Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil", p, 41.

derecho y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes.¹⁰⁹

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. 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°.¹¹⁰

Para Fernández Sessarego el concepto de persona jurídica no supone encontrar un algo diverso a aquellas personas naturales. Decir persona jurídica no conduce a ningún ente real o abstracto, sino sólo a una organización de personas que realizan fines valiosos.¹¹¹

2.2.3.4. Personalidad jurídica de la persona jurídica

Como dice Belluscio citado por Elcheverry, Las diferentes posturas sobre el concepto de la personalidad de la persona jurídica,... dicen que cuando la persona interviene en las relaciones jurídicas, se hace sujeto de ellas; sujeto de derecho es la persona que se ha convertido en titular de una relación jurídica.¹¹²

La Corte Suprema señala: “ Las persona jurídicas son

¹⁰⁹ Citado por: CARHUACTOCTO SANDOVAL, Henry, Ob., Cit., p, 48.

¹¹⁰ QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique, “*Teoría del Levantamiento del Velo Societario: ¿es aplicable en el derecho peruano?*” Recuperado [25-11-2016] en: http://www.teleley.com/articulos/art_leva_velo_soc.pdf.

¹¹¹ Citado por: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob. Cit., p, 713.

¹¹² ELCHEVERRY, Raúl Aníbal, Ob. Cit., p, 18.

entidades abstractas, a las cuales el derecho les reconoce una personalidad, susceptibles de adquirir derechos y de contraer obligaciones, su capacidad es limitada frente a los derechos que se le reconoce a las personas naturales, sin embargo, se caracterizan por que cumplen finalidades de mayor amplitud que estas (...)"¹¹³

En ese mismo sentido Carhuatocto Henry afirma; la personalidad ha de entenderse como la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas. Si se es, sujeto de derecho, se tiene personalidad jurídica...Los partidarios de las teorías formalistas, la concibe como una realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que un grupo de individuos pueda realizar determinados fines.¹¹⁴

El autor sigue afirmando, la personalidad jurídica no es un atributo sustancial o una realidad pre-normativa en las personas jurídicas, sino una cualidad otorgada por el ordenamiento jurídico a un grupo organizados de personas para que realicen determinados intereses humanos de manera más eficaz y no puede ser utilizada eficazmente para satisfacer fines o intereses que sean distintos a los que el legislador pretendió proteger.¹¹⁵

En el Perú nuestro Derecho se sostiene en la posición normativa. Como señala Angarita Gómez, la simple asociación de hombres o la decisión unipersonal para un fin determinado, es insuficiente por sí misma para alcanzar una personalidad jurídica. Se requiere el "reconocimiento" del ordenamiento jurídico, de tal manera que los efectos de los actos se concentren en un sujeto de Derecho, que es una individualidad distinta e independiente del miembro o miembros que la

¹¹³ STC N° 04072-2009-PA/TC.

¹¹⁴ CARHUACTOCTO SANDOVAL, Henry, Ob., Cit., p, 53.

¹¹⁵ Ibíd., Ob., Cit., p, 54.

componen. La persona jurídica es una creación del hombre para moldear y dar una estructura a las diversas formas de organizaciones sociales, de tal modo que la entidad constituida asuma en forma unitaria derechos y obligaciones. La presencia de la persona jurídica no es un hecho imprevisto, su existencia ha sido explicada y justificada en diferentes épocas de la historia, cualquiera que sea la corriente doctrinal que se acoja “resulta manifiesto que, desde un punto de vista estrictamente positivo, las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas...”¹¹⁶

“...La personalidad jurídica no puede ser creada por voluntad de los particulares. Otras, es que el reconocimiento legal de personalidad es contributivo de tal personalidad...El derecho interviene en el nacimiento de las personas jurídicas complejas para indicar cuándo se dan las circunstancias que lo determinan, bien sea reconociendo al grupo social existente o también creándolo cuando la sociedad lo exige.”¹¹⁷ Como indica Morales Hernández Alfredo.

Podemos afirmar lo siguiente, las personas jurídicas no adquieren como consecuencia de la atribución de su personalidad jurídica, una aptitud jurídica para realizar todos los actos que puede realizar una persona física o natural hábil.

2.2.3.5. Limitaciones a la capacidad de la persona jurídica

La persona jurídica se crea para el cumplimiento de una finalidad y debe realizar un objeto que se vincula con una

¹¹⁶ Citada por: GUERRA CERRÓN, Jesús María, “*Levantamiento del Velo Societario y los Derechos, Deberes y Responsabilidades de la Sociedad Anónima*” Recuperado [19-10-2016] en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/3148/1/Guerra_cj.pdf., p, 51.

¹¹⁷ Citado por GARRONE, José Alberto, “*Derecho Comercial*”, p, 197.

actividad; entonces se discute si la capacidad que se le reconoce es sólo válida para cumplir estrictamente los actos propios de su objeto, tal como se ha establecido en el sistema norteamericano del *common law*, o si es una capacidad más amplia, general, tal como se ha establecido en el sistema alemán.

La regla general es que el representante debe estar autorizado de manera expresa para ejecutar actos y dirigir la sociedad, es decir, contratar, prestar garantías, asumir deudas, en fin, facultades otorgadas por la Ley o el Estatuto, no pudiendo excederse de dichas atribuciones. Sin embargo, tenemos una excepción a la regla, cuando la sociedad está obligada a responder por los actos de sus representantes aun cuando los negocios u operaciones hayan excedido el objeto social de la misma.¹¹⁸

Es pertinente hablar respecto a los actos ultra vires, a decir de Hundskoff Exebio,¹¹⁹ se conoce como actos ultra vires a aquellos realizados por los administradores que no están contemplados en su objeto social¹²⁰. Sostiene además que son nulos, no obligan a la sociedad y que no pueden ser materia de ratificación, salvo que modifiquen el estatuto. Se trata, sostiene, de actos que exceden los parámetros que los propios fundadores se encargaron de señalar para delimitar el ámbito de acción de sus actividades, con la finalidad de proteger a los terceros de buena fe que contrata con la sociedad.¹²¹

Caso contrario como señala el maestro Elías Laroza: “Esta tesis ocasionaría un efecto devastador en las operaciones

¹¹⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob, Cit., p, 765.

¹¹⁹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “*Derecho Comercial. Temas Societarios*”, p, 160.

¹²⁰ Se denomina objeto social a la actividad o conjunto de actividades económicas que la sociedad establece en el Estatuto Social, la misma que influye notablemente sobre del negocio asociativo, tiene una función de garantía que se puede apreciar desde el ángulo de la sociedad, los socios y terceros. MORI SÁENZ, Alejandra Mariel, y TORRES MALDONADO, Marco Andrei, *Reflexiones Acerca De La Teoría Del Levantamiento Del Velo-5481036.pdf*, p, 9

¹²¹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “*Manual de Derecho Societario*”, p, 39.

económicas con toda clase de sociedades. Cualquier tercero que contratase con una sociedad se vería obligado no sólo a una seria revisión de los poderes de los representantes sino también a un exhaustivo estudio de todas las escrituras y del objeto de la sociedad, con el fin de determinar que el acto se encontrase, en forma indubitable, dentro del enunciado del fin social. ¡Cuántas polémicas se suscitarían, cuántos contratos quedarían paralizados largo tiempo y cuántas modificaciones de estatutos serían imperiosamente exigidas por los abogados del tercero para poder llevar adelante la contratación.”¹²²

2.2.3.6. Responsabilidad Civil de la persona jurídica

Las empresas como tal deben ser consideradas jurídicamente como personas y contablemente entidades, pero el funcionamiento de las empresas es llevado a cabo de modo efectivo por directivos y administradores.¹²³

Espinoza Espinoza Juan se inclina por la responsabilidad directa, y la admite tanto en el campo contractual como extracontractual. La responsabilidad de la persona jurídica debe ser directa y de carácter objetivo porque debe asumir directamente la responsabilidad por los riesgos que genera su actividad. Lamentablemente la doctrina confunde autoría con responsabilidad; la autoría, en el caso de la persona jurídica, es siempre indirecta, la responsabilidad, según el citado autor, es directa.¹²⁴ En algunos sistemas como el nuestro se establece una diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual.

¹²² ELÍAS LAROZA, Enrique, “*El objeto social, los alcances de la representación y los actos ultra vires en la nueva Ley General de Sociedades*”, p. 10.

¹²³ SERRANO, Alfonso, BIRKBECK Christopher H. (Eds.), “*La Generalidad de la Teoría del Autocontrol*”, p. 54.

¹²⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob., Cit., p. 426.

2.2.3.6.1. Responsabilidad Civil contractual de la persona jurídica

Si la persona jurídica, a través de sus representantes, es sujeto de relaciones jurídicas, sean existenciales como patrimoniales, también puede presentarse el caso que esta incumpla con sus obligaciones, dentro de las atribuciones que se les ha conferido¹²⁵ y, con ello, quedará sujeta, en lo que fuera aplicable, al régimen de responsabilidad contractual (cuyo principio básico está regulado en el art. 1321 c.c.).¹²⁶

Si el incumplimiento ha ocasionado daños probados y la persona jurídica es demandada por una pretensión indemnizatoria, el juez puede disponer en la correspondiente sentencia que esta cumpla con el pago de una indemnización si el incumplimiento fuera por causa de dolo (intención de causar daño), culpa inexcusable (no se toman las precauciones más elementales para evitar un acontecimiento dañino) o culpa leve (se acredita la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación).

La persona jurídica responde por dolo, culpa inexcusable o culpa leve en el caso que la persona jurídica brinde servicios profesionales, sólo responde por daños y perjuicios en caso de dolo o culpa inexcusable, no por culpa leve, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 1762° del código civil.¹²⁷

Para que se configure la responsabilidad de la

¹²⁵ SEOANE, Mario, Ob. Cit., p, 107.

¹²⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob. Cit., p, 758.

¹²⁷ SEOANE, Mario, Ob. Cit., p, 108.

persona jurídica, es necesario que sea un contrato válidamente celebrado. Por lo demás el ente moral únicamente queda obligado si el representante actuó dentro de los límites de sus facultades y respetando el estatuto.

2.2.3.6.2. Responsabilidad Civil extracontractual de la persona jurídica

La responsabilidad extracontractual no nace de una relación contractual previamente establecida... se fundamenta en la responsabilidad objetiva, cuando el fundamento de la responsabilidad recae en la comparación de la conducta del autor con la conducta del tipo abstracto.¹²⁸

La responsabilidad extracontractual de la persona jurídica se basa en la idea del riesgo creado con su actividad. De la misma forma que la persona jurídica asume los beneficios de su actividad, debe asumir las pérdidas. El riesgo causado por el sujeto corporativo, es una de las posibilidades de pérdida que le corresponde como correlato a las probabilidades de ganancia¹²⁹. Siguen diciendo los autores, no olvidemos que aunque ningún estatuto o ley puede facultar al órgano para cometer ilícitos civiles, es perfectamente posible que, ejerciendo su giro ordinario, se cause un daño a un tercero. Además en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma específica que regule la responsabilidad de la persona jurídica por los actos ilícitos cometidos

¹²⁸ SEOANE, Mario, Ob. Cit., pp, 108-109.

¹²⁹ VISINTINI, “*Trattato breve della responsabilità civile*”, p, 620

por sus administradores o por sus dependientes. Si partimos de lo establecido por el código civil en su art. 1981¹³⁰, podemos sostener que es responsable de manera indirecta por los ilícitos cometidos por los subordinados, siempre que estuvieran actuando en el ejercicio de su cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. La responsabilidad es solidaria y, en consecuencia, ambos están obligados frente a la víctima por la indemnización correspondiente. Por ende se siguen las reglas referidas a las obligaciones solidarias.¹³¹

2.2.3.7. La persona jurídica en el derecho de sociedades

2.2.3.7.1. Tipos de personas jurídicas en el derecho de sociedades

El principal criterio que se toma en consideración, para clasificar las diferentes clases de sociedades, que existen en nuestra ley general de sociedades es la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, que se fundamenta en razones de seguridad jurídica con la finalidad de facilitar un mejor desempeño de la actividad comercial en el país.¹³²

Nuestra Ley general de sociedades contempla las siguientes clases de sociedades:

¹³⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob. Cit., p, 758.

¹³¹ OSTERLING, Felipe y CASTILLO Mario, “*Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas por Actos de sus Administradores o Dependientes*”. Recuperado [20-10-2016] en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8ccded8046793307abddef93776efd47/Responsabilidad+civil+de+las+personas+jur%C3%ADdicas+por+actos+de+sus+administradores+o+dependientes.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8ccded8046793307abddef93776efd47>.

¹³² Cfr. MONTROYA MANFREDI, Ulises, “*Derecho Comercial*”, pp, 161-162.

2.2.3.7.1.1. Sociedad Civil

Se constituye para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno o todos los socios.

En ese mismo orden de ideas la jurisprudencia nacional ha señalado que “en este tipo de sociedades hay dos elementos fundamentales: el elemento personal basado en la confianza (...) y la no especulación mercantil; las personas se unen en consideración a las cualidades personales de sus miembros para obtener una ganancia derivada del esfuerzo directo que ella realizan (fin económico), como sucede en el caso de sociedades de profesionales (...).”¹³³

Su responsabilidad puede ser ordinaria o limitada. En la primera los socios responden de forma personal y en forma subsidiaria, en la segunda no pueden responder personalmente por las deudas.¹³⁴

En este tipo de sociedad los socios gozan del beneficio de excusión, el cual permite al socio demandado exigir la previa excusión de su patrimonio personal, es

¹³³ OSORIO RUIZ, Zaida, “*Jurisprudencia Comercial*”, p, 485.

¹³⁴ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, “*La Persona Jurídica en el Derecho Contemporáneo: teoría y práctica*”, p, 329.

decir, No puede ser compelido al pago por el acreedor sin que este previamente no se haya dirigido contra los bienes de la sociedad, pudiendo además señalar al acreedor los bienes de la sociedad con los cuales puede lograr el pago de sus acreencias.

Los socios responden de acuerdo a lo acordado en el pacto social o en su defecto de manera proporcional a sus aportes. Así cuando no sea suficiente el patrimonio de la sociedad para responder por las deudas de esta, se le podrá exigir a cada socio una proporción de la deuda impaga, conforme aparezca en el pacto social celebrado entre ellos relativo a la participación de cada uno de las pérdidas. A falta de tal estipulación, responderán en proporción a sus aportes; en ese caso no existe solidaridad entre los socios respecto de las deudas sociales.¹³⁵

2.2.3.7.1.2. Sociedad comercial de responsabilidad limitada

Es aquella que está formada por un máximo de 20 socios, los cuales no responden personalmente y su capital se encuentra dividido en particiones iguales,

¹³⁵ ECHAIZ MORENO, Daniel, Ob. Cit., pp, 239-240.

acumulables e indivisibles,¹³⁶ que no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones y sus socios, a semejanza de los accionistas, no responden personalmente de las deudas sociales.¹³⁷

Los gerentes responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios causados por dolo abuso de facultades o negligencias graves. Caduca a los 2 años del acto realizado u emitido por este.¹³⁸

Razón por la cual podemos afirmar que dicha sociedad es una sociedad sui generis como algunos doctrinarios expresan, León Montalbán expresaba que la sociedad de responsabilidad limitada...representa un tipo especial, sui generis de sociedad, nacido para responder a exigencias y circunstancias también especiales.¹³⁹

2.2.3.7.1.3. Sociedades en comanditas

Está conformada por socios colectivos y socios comanditarios.

¹³⁶ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, Ob., Cit., p, 309, respecto a esto la Ley general de Sociedades en su artículo 283° estipula: En la sociedad comercial de responsabilidad limitada el capital está dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles...

¹³⁷ URÍA Rodrigo, MENENDEZ Aurelio, "*Curso de Derecho Mercantil*", p, 92.

¹³⁸ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, Ob. Cit., p, 309.

¹³⁹ LEÓN MONTALBÁN, Andrés, "*Derecho Comercial Peruano*", p, 277; en ese mismo orden de ideas Juan Bolás afirma que es un tipo social autónomo, Cfr. BOLÁS ALFONSO, Juan, "*La Sociedad de Responsabilidad Limitada*", p, 41. Para Ulises Montoya es una sociedad Híbrida, Cfr. MONTOYA MANFREDI, Ulises, "*Derecho Comercial*", p, 629.

La sociedad en comandita realiza sus actividades bajo una razón social conformada por los nombres de los socios colectivos más las siglas En C o S en C, por acciones, a efectos de establecer la diferencia en el tratamiento de la responsabilidad societaria. Así la responsabilidad es solidaria e ilimitada tratándose de los socios colectivos y limitada al aporte tratándose de los socios comanditarios, según lo dispone la L.G.S. (arts. 265° y 273°).¹⁴⁰

Respecto a la sociedad en comandita por acciones identificada por las siglas S en C por A., está construida sobre el esquema de la sociedad en comandita simple, por lo que comparte características semejantes y adolece de los mismos defectos que ella.

En palabras de Fernández de la Gándara Luis, “el modelo de operación previsto en las comanditarias por acciones opera más bien con fórmulas de organización a través de las cuales se satisfacen los intereses de los intervinientes con un simple mecanismo de aportación-participación. Todos son accionistas y todos pueden, en calidad de tales acceder

¹⁴⁰ Cfr: CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, Ob. Cit., pp, 348-349; en el mismo pensar GARRIGUES, Joaquín, “*Curso de Derecho Mercantil*” p, 20. Al respecto ver a: BAZÁN, Blanca T., “*Lecciones de Derecho Comercial*”, pp, 102-103.

al desempeño de la función gestora.”¹⁴¹

2.2.3.8. Formas Especiales de Sociedades Anónimas

Antes de desarrollar dichas sociedades anónimas (abiertas y cerradas), podemos decir, que estas sociedades especiales son producto del esquema originario de la sociedad anónima, cuya característica esencial es: una sociedad capitalista y como tal prima el *intuito pecuniae* y nace de forma voluntaria, ya que los propios fundadores son quienes optan por esta alternativa societaria.¹⁴²

Habiendo expresado lo anterior, procederemos a desarrollar las referidas sociedades:

2.2.3.8.1. Sociedad Anónima Abierta (S.A.A.)

Identificada con las siglas S.A.A., tiene como antecedente inmediato a la sociedad de accionariado difundido que, aunque ya existía en nuestro país, no estaba regulada por la Ley General de Sociedades, sino por la Ley del Mercado de Valores.

Para constituir este tipo de sociedad se requiere un número mínimo de socios que es 750.¹⁴³

¹⁴¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “La Sociedad Comanditaria por Acciones. En comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles”, p, 45.

¹⁴² GALGANO, Francesco, “Derecho comercial”, p, 56.

¹⁴³ LEY GENERAL DE SOCIEDADES: artículo 249° La sociedad anónima es abierta cuando se cumpla uno a más de las siguientes condiciones:

1. Ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones;
2. Tiene más de setecientos cincuenta accionistas;
3. Más del treinta y cinco por ciento de su capital pertenece a ciento setentaicinco o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al dos por mil del capital o exceda del cinco por ciento del capital;

Según Elías Laroza, se debe tener en cuenta que el objetivo de sus accionistas es asegurarse una inversión rentable, para lo cual resulta indispensable la movilidad del capital. La profesionalidad de la administración y el control de una forma de inversión que se considera pública.¹⁴⁴ En este sentido, este tipo societario está orientado a la transacción abierta de sus acciones en el mercado bursátil, en consecuencia las acciones deben inscribirse de manera obligatoria en el Registro Público del Mercado de Valores,¹⁴⁵ una vez inscritas dichas acciones y su comercialización pasan a estar bajo control directo de un organismo estatal: la comisión Nacional Supervisora de Empresas y valores (Conasev).

2.2.3.8.2. Sociedad Anónima cerrada (S.A.C.)

Esta sociedad es identificada por las siglas S.A.C., propuesta por la comisión redactora del anteproyecto de la Ley General de Sociedades¹⁴⁶ en reemplazo de la sociedad comercial de responsabilidad limitada. Sin embargo esta última se encuentra vigente, por lo que conviven en la Ley General de Sociedades dos modelos societarios prácticamente idénticos cuya única diferencia es la representación del capital social mediante acciones en un caso (la sociedad anónima cerrada) y mediante participación en el otro (la sociedad

4. Se constituya como tal; o,

5. Todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a dicho régimen.

¹⁴⁴ Citado por: ECHAIZ MORENO, Daniel, Ob. Cit., p. 235.

¹⁴⁵ Véase el artículo 252° de la Ley General de Sociedades.

¹⁴⁶ Más conocida como la “Comisión Normand”, en alusión a su presidente Enrique Normand Sparks.

responsabilidad limitada).¹⁴⁷

En este caso en virtud del artículo 234° de la ley que regenta estos tipos de sociedades, los socios como máximo son 20,¹⁴⁸ además de que este tipo de sociedad no puede inscribirse sus acciones en el Registro Público del mercado de valores (prohibido por ley), razón por lo cual es el tipo preferido para la constitución de empresas familiares y por ser una sociedad especial anónima la responsabilidad de los socios se limita a sus aportes.

2.2.3.8.3. Naturaleza jurídica de la sociedad Anónima

Las sociedades no adquieren como consecuencia de la atribución de personalidad jurídica, una aptitud jurídica para realizar todos los actos que puede realizar una persona física o natural hábil. Existen diferentes posiciones sobre la naturaleza jurídica de éstas, respecto a su acto de nacimiento de su personalidad.

En ese sentido a continuación mencionaremos las principales teorías que hablan sobre su origen:

2.2.3.8.3.1. Teoría clásica contractual

La sociedad era uno más de los varios contratos del derecho privado. Era un

¹⁴⁷ ECHAIZ MORENO, Daniel, Ob., Cit., p, 234.

¹⁴⁸ Ley General de sociedades: artículo 234° La sociedad anónima puede sujetarse al régimen de la sociedad anónima cerrada cuando tiene no más de veinte accionistas y no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. No se puede solicitar la inscripción en dicho registro de las acciones de una sociedad anónima cerrada.

contrato bilateral y conmutativo generador de derechos y obligaciones, con algunas modalidades particulares... la ley solo le reconoce tal aptitud a las corporaciones en la medida necesaria para el cumplimiento del fin de su creación, y en el caso concreto de la sociedades, en la medida necesaria para que cumpla con su objeto social propuesto en el acto constitutivo.¹⁴⁹

En las palabras de Hundskopf Exebio, Oswaldo, la teoría contractualista se debe entender desde dos perspectivas, la primera que trata de explicar la naturaleza jurídica del contrato social como un contrato sinalagmático, y la segunda que encuentra su naturaleza en un contrato bilateral o plurilateral especial.¹⁵⁰

Stewart Macaulay Citado por Echaiz Moreno concluye al respecto “el mayor aporte del Derecho de los Contratos puede ser más simbólicos que instrumental. El Derecho de los Contratos en la mayoría de los países con economías de mercado se sustenta en la creencia de que se respetará la ejecución del contrato, a menos que se tenga una muy buena excusa. Así se refuerzan normas comunes en todas las comunidades comerciales. Sin embargo,

¹⁴⁹ GILBERTO VILLEGAS, Carlos, Ob. Cit., p, 25.

¹⁵⁰ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Ob. Cit., p, 31.

una vez aceptado esto, aún debemos preguntarnos si es que el Derecho de los contratos comunica ese mensaje a una audiencia relevante”.¹⁵¹

En ese sentido Montoya Manfredy Ulises, afirma que la sociedad es un contrato pero sui generis, puesto que genera una persona jurídica o, al menos una organización, la cual ya no depende del contrato que la engendró, sino que esta normada por su propio estatuto, que se modifica cuantas veces lo deseen los accionistas mediante la junta general.¹⁵²

2.2.3.8.3.2. Teoría del acto constitutivo y del acto complejo

Esta teoría tiene su origen en el la doctrina alemana Gierke fue quien anuncio esta teoría. Para él la sociedad no tiene carácter contractual, sino que se trata de un acto unilateral constituido por la expresión de las voluntades de sus socios dirigida a la creación de una persona distinta de ellos. Acto complejo sería aquel en que dichas voluntades individuales no solo son independientes y juegan unidas, sino que se funden en una única voluntad.¹⁵³

¹⁵¹ ECHAIZ MORENO, Daniel, Ob., Cit., p, 21.

¹⁵² MONTTOYA MANFREDY, Ulises, Ob. Cit., p, 139.

¹⁵³ GILBERTO VILLEGAS, Carlos, Ob. Cit., pp, 25-26.

Kuntze, Witte y Winscheid citados por Montoya Ulises, explicaban la naturaleza jurídica como un acto complejo, el cual, a diferencia del contrato, que solo produce efectos entre los contratantes, puede influir igualmente en el ámbito jurídico de los terceros. Mientras que en el contrato son opuestos las manifestaciones de voluntad y los intereses de los contratantes en el acto complejo las manifestaciones de voluntad son paralelas y los intereses coincidentes.¹⁵⁴

Según Hundskopf Exebio, Oswaldo, concerniente al acto constitutivo, la base de esta teoría radica en que el acto que da origen a un nuevo sujeto de derecho, es un acto constitutivo social unilateral que no se configura como contrato, sino como una nueva categoría del acto jurídico.¹⁵⁵

2.2.3.8.3.3. Teoría institucionalista

Para la teoría institucionalista se asigna a los suscriptores del capital social el rol de simples adherentes a través de una declaración de voluntad de las normas legales dictadas por el Estado, para regular la institución denominada sociedad, en la que se privilegia un interés

¹⁵⁴ MONTOYA MANFREDY, Ulises, Ob. Cit., pp, 140-141.

¹⁵⁵ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Ob. Cit., p, 30.

superior: el interés social sobre el interés de los que la formaron. La voluntad de las partes que suscriben el acto social originario quedará relegada a un segundo plano, prevaleciendo la voluntad del Estado, como creador de las reglas de juego.¹⁵⁶

Hauriou la define como una idea de obra o de empresa que constituye una realización independiente de la voluntad subjetiva de individuos determinados y que se caracteriza por su duración en el medio social...la institución sería entonces un grupo social intermedio entre el individuo y el Estado, al igual que lo son otros grupos, como la familia, la iglesia, los sindicatos, etc.¹⁵⁷

2.2.3.8.3.4. Teoría del contrato plurilateral

Tullio Ascarelli citado por Gilberto Villegas Carlos expresa, la sociedad constituye el ejemplo característico y tradicional del contrato plurilateral, ya que participan en él varias partes que adquieren, como consecuencia de éste, obligaciones y derechos de la misma e idéntica naturaleza jurídica. Dentro de la sociedad, ningún socio está frente a otro socio, sino

¹⁵⁶ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Ob. Cit., p, 31.

¹⁵⁷ Citado por: GILBERTO VILLEGAS, Carlos, Ob. Cit., p, 26. Para Montoya Manfredy Ulises en materia de sociedades anónimas, esta teoría exige la tutela del bien común y defiende el principio de autoridad, pero, al mismo tiempo, respetando la individualidad de los accionistas, sin sacrificarlos y reconociendo la significativa importancia de ellos. MONTOYA MANFREDY, Ulises, Ob. Cit., p, 141.

frente a los demás, y por ello se puede hablar propiamente de pluralidad,¹⁵⁸ a diferencia de lo que ocurre en el contrato de permuta.

Según el comentario de Hundskopf Exebio, Oswaldo, para los defensores de esta corriente, el contrato de sociedad descansa en un interés común al que pueden adherirse todos aquellos que realicen su aportación para el logro de tal finalidad. En caso de realizarse posteriores adhesiones no se producirá una novación subjetiva; ya que la plurilateralidad existente en su origen subsistirá para las futuras adhesiones.¹⁵⁹

Esta teoría tiene una serie de limitaciones, entre ellas que a lo sumo puede explicar satisfactoriamente el acto constitutivo de las sociedades personales o de interés; pero no explica la naturaleza del acto constitutivo en las sociedades de capital ni tampoco el funcionamiento de la sociedad ya constituida.¹⁶⁰

2.2.3.9. Aspectos Generales de la Sociedad Anónima

La sociedad anónima es la que existe bajo una denominación social y se compone exclusivamente de socios cuya obligación

¹⁵⁸ GILBERTO VILLEGAS, Carlos, Ob. Cit., pp. 27-28.

¹⁵⁹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Ob. Cit., p. 32.

¹⁶⁰ Cfr. MONTOYA MANFREDY, Ulises, Ob. Cit., p. 141.

se limita al pago de sus acciones.¹⁶¹ Es indudable la importancia que esta sociedad representa en la actualidad, pues es muy alto porcentaje, la industria y el comercio se manejan mediante sociedades de este tipo, pues la sociedad anónima es un centro de poder económico financiero y también político –social.¹⁶²

Desde nuestro parecer, respecto a los aspectos generales de las sociedades anónimas, tomaremos en cuenta, sólo lo concerniente desde el momento en que ésta clase de persona jurídica adquiere la prerrogativa de ser sujeto de derecho, razón por la cual se tratará los siguientes ítems:

2.2.3.9.1. Reconocimiento

Este se da con el nacimiento de la sociedad, en cuanto concurren los requisitos exigidos por la leyes para su inscripción en los registros, momento importante especialmente, por que determina un cambio del sujeto responsable.¹⁶³ Su registro importa el goce de atributos inherentes a su condición de persona jurídica, tales como ser un sujeto de derechos y obligaciones, contar con personalidad jurídica, adquirir capacidad legal para vincularse jurídicamente con otros sujetos de derecho, mediante la actuación de sus apoderados y representantes, etc.¹⁶⁴

En nuestro sistema jurídico, exige como condición para la configuración de la persona jurídica como

¹⁶¹ QUEVEDO CORONADO, Ignacio, “*Derecho Mercantil*”, p, 79.

¹⁶² FLINT BLANCK, Pinkas, “*Grupos de Poder y Derecho en el Perú: el caso de las industrias harineras y oleaginosas*”, p, 155.

¹⁶³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Ob. Cit., p, 283.

¹⁶⁴ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Ob. Cit., pp, 36-37.

sujeto de derecho, la inscripción en el Registro Público respectivo. Es más, con la inscripción en el registro respectivo, recién nace la persona jurídica.¹⁶⁵ Según el art. 77° CC., la existencia de la persona jurídica como es la sociedad comienza el día de su inscripción en el registro respectivo.¹⁶⁶

Sobre el particular, la jurisprudencia nacional ha establecido: “las personas jurídicas son sujetos ideales, cuya personalidad nace de instituciones jurídicas que permiten su creación de acuerdo a determinadas reglas, sea que tengan fines económicos o puramente civiles. Las personas jurídicas tienen un nombre o denominación social, se integran generalmente por una pluralidad de individuos, y se rigen por reglas internas, de acuerdo a las cuales se forma su voluntad. Junto a las personas físicas existen dichas personas jurídicas, que son entidades a las que el Derecho atribuye y reconoce una personalidad jurídica propia y en consecuencia, capacidad para actuar como sujetos de Derecho, esto es, capacidad para adquirir y poseer bienes de toda clase para contraer obligaciones y ejercitar acciones judiciales. (...) El artículo 6 de la Ley General de Sociedades, preceptúa que la sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta su extinción. Es decir, la personalidad jurídica que tienen dichos entes ideales (personas jurídicas), es la que determina su capacidad para actuar como sujetos de derecho y se

¹⁶⁵ MORALES GODO, Juan, “*El Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica, en Instituciones del Derecho Civil*”, p, 433.

¹⁶⁶ MONTOYA MANFREDY, Ulises, Ob. Cit., p, 166.

le reconozca como tal hasta su extinción”¹⁶⁷

2.2.3.9.2. Dogma de Impenetrabilidad y Patrimonio Autónomo

El profesor Gabino Pinzón citado por Anzola Gil Marcela¹⁶⁸. Anota: Según la posición jurídica de los socios frente a terceros, es decir, según la responsabilidad que les incumba por las obligaciones que han contraído en el desarrollo de la actividad social, la sociedad puede ser de personas o de capitales.

Sigue diciendo el profesor ocurre un fenómeno hasta cierto punto inverso, por cuanto ante terceros no responde sino la persona jurídica y solo dentro de sus posibilidades patrimoniales de pago; esto es, se produce en ella una absoluta y completa separación de patrimonios en razón de su personificación jurídica.

En ese sentido Messineo Francesco afirma...Ello implica que el patrimonio le pertenece exclusivamente a ella y no a los miembros integrantes de la misma. Los miembros no tienen derecho sobre el patrimonio; no pueden disponer de él; y los terceros no puede afectarlos por las deudas contraídas a título personal por los componentes. De la misma forma, las deudas contraídas por la persona jurídica, serán de exclusiva responsabilidad, no respondiendo el patrimonio de los miembros

¹⁶⁷ Citada por GUERRA CERRÓN, Jesús María, Ob., Cit., p, 51.

¹⁶⁸ ANZOLA GIL, Marcela y otros, “*Levantamiento del Velo Corporativo: panorama y perspectivas, El caso colombiano*”, p, 20.

integrantes.¹⁶⁹

Existe desde el momento mismo del acto constitutivo. Pertenece a la sociedad y no a los socios, quienes carecen de todo derecho sobre bien determinado del mismo y solo tienen derecho a una cuota ideal y proporcional al patrimonio.¹⁷⁰

La autonomía patrimonial supone, por otra parte, que los socios no pueden disponer de los bienes que hayan aportado al patrimonio de la sociedad y que no se puede proceder al reparto del haber social sin antes satisfacer o asegurar el derecho de los acreedores sociales al cobro de sus créditos. Además en los tipos de sociedades mercantiles en los que todos o alguno de los socios responden de las deudas sociales con su patrimonio personal, la autonomía patrimonial también supone que los acreedores sociales no pueden dirigirse contra los bienes particulares de los socios “sino después de haber hecho excusión del haber social”¹⁷¹

El dogma del hermetismo, al que se debe la alta consideración que merece la persona jurídica en las asesorías de los medios financieros, y que el estado liberal prácticamente fomenta, mantiene su dominio mientras que no choca con los intereses ni de uno ni del otro. Cuando el choque se produce y el dogma resulta incómodo, se le pondrá en duda y, además, se pensará en abandonar como molesto el mismo

¹⁶⁹ Citado por MORALES GODO, Juan, Ob. Cit., p, 430.

¹⁷⁰ GARRONE, José Alberto, Ob. Cit., p, 211.

¹⁷¹ PÉREZ IBÁÑEZ, Alejandro, “*La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica en las Sociedades Mercantiles*”, Ubicado [03-04-2018] en http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/3487/169_La%20doctrina%20del%20levantamiento%20de%20velo%20de%20la%20personalidad%20juridica%20en%20las%20sociedades%20mercantiles%20por%20Alejandro%20Perez%20Ibanez%20-%20copia.pdf?sequence=1&isAllowed=y p, 5

concepto de persona jurídica.¹⁷²

El hermetismo de la persona jurídica (sociedad anónima), no tiene carácter absoluto y puede apreciarse el abuso de la persona jurídica de las sociedades en numerosas situaciones.¹⁷³

2.2.3.10. Elementos de la Sociedad Anónima

2.2.3.10.1. Elementos materiales

La existencia de los elementos materiales y su prueba, ordinariamente no importarán para las relaciones externas, excepto cuando se ponga en cuestión la realidad y legalidad de la persona jurídica.¹⁷⁴

a. Pluralidad de personas

Se consideran como elementos materiales de las personas jurídicas, las personas físicas que la constituyen, integran y representan. En este aspecto existen discrepancias entre los autores. En efecto, para algunos existen personas jurídicas conformadas por personas físicas, como la asociación o la sociedad, y otras formadas en base a un patrimonio, como la fundación.¹⁷⁵

Por regla general las personas jurídicas deben crearse o subsistir con uno o varios miembros, sin embargo en sentido contrario Rodrigo Uría citado

¹⁷² DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Ob. Cit., p, 249.

¹⁷³ GIL DEL CAMPO, Miguel y otros, *“La Nueva Ley de Prevención del Fraude”*, p, 140.

¹⁷⁴ GIL DEL CAMPO, Miguel y otros, Ob. Cit., p, 280.

¹⁷⁵ MORALES GODO, Juan, Ob. Cit., p, 428. Al respecto Existen quienes consideran que el conjunto de los elementos conforman el sustrato personificado...el sustrato es el conjunto de los elementos personales, reales y fines, y si se prescindiera de cualquiera de ellos, quedaría destruida la unidad del conjunto.

por Mario Seoane, refiriéndose a este tipo de persona jurídica (sociedad anónima), afirma que la persona jurídica es una organización que realiza una actividad de producción de bienes y servicios, en la cual no es necesaria la pluralidad. Lo más importante en la sociedad anónima es que exista una actividad económica y un capital que se preserven, siendo indiferente el número de personas que la integren.¹⁷⁶ Compartimos esta opinión.

La ley general de sociedades estipula como regla general que para constituir una sociedad se requiere por lo menos dos personas (socios) sean estas naturales o jurídicas, la excepción es cuando se trata del Estado.¹⁷⁷

b. El patrimonio Social

En el caso de las personas jurídicas se entiende como patrimonio al conjunto de bienes, derechos y obligaciones afectados a su finalidad; es la base económica que le permite alcanzar sus objetivos y responder por sus propias obligaciones.¹⁷⁸

El patrimonio social es el conjunto integral de activos y pasivos sociales que varían constantemente durante la vida social y son los que van a responder por las obligaciones de la sociedad sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios en aquellas formas

¹⁷⁶ SEOANE, Mario, Ob. Cit., p, 58.

¹⁷⁷ LEY GENERAL DE SOCIEDADES, Art. 4º Pluralidad de socios: La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo. No es exigible pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por ley.

¹⁷⁸ SEOANE, Mario, Ob. Cit., p, 59.

societarias que así lo contemplan.¹⁷⁹

c. Finalidad lícita

Según Coviello citado por Seoane Mario. Para que una agrupación organizada se constituya válidamente es necesario determinar el fin que los asociados o socios pretenden alcanzar, o al que se propone proveer el patrimonio destinado por una persona. Entonces, el fin es el interés que se pretende satisfacer, este interés debe ser lícito, posible y determinado para que sea amparado por el derecho.¹⁸⁰

La finalidad es estructural en la formación de la persona jurídica. Determina la clase de persona jurídica, así como la capacidad jurídica, ya que sus actividades deben estar relacionadas, necesariamente, directa o indirectamente a la finalidad instituida...Evidentemente, la actividad que desarrolla una persona jurídica está en función a la finalidad que persigue, es el elemento que justifica la creación de la misma y permite calificarla tanto desde un punto moral como legal,¹⁸¹ aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o el estatuto.¹⁸²

2.2.3.10.2. Elementos formales

En la vida jurídica normal los elementos formales tienen un significado destacadísimo;

¹⁷⁹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Ob. Cit., p, 40.

¹⁸⁰ SEOANE, Mario, Ob. Cit., p, 62.

¹⁸¹ MORALES GODO, Juan, Ob. Cit., pp, 433-434.

¹⁸² HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Ob. Cit., p, 39.

imprescindible, dada su falta de corporeidad física y su eficacia es prima facie; son suficiente garantía para que una organización sea considerada como persona jurídica; basta se den, para que se presuma su validez.¹⁸³

a) Estatuto

El estatuto, en cuanto concierto de las voluntades de sus miembros (*pactum associationis*) y ley para las relaciones sociales (*lex sociatatis*), es fundamento de la existencia y desenvolvimiento de la persona jurídica, en consecuencia, viene a constituir la estructura ósea de la persona jurídica, que le sostiene y lo individualiza.¹⁸⁴

b) La publicidad

La persona física prueba su existencia con su sola presencia. Ello no obstante, se requiere su inscripción en el registro; los datos de éste hacen fe, sirven de efectos de identidad y como título de legitimación para el ejercicio de facultades y derechos. Mayores motivos imponen la inscripción de las personas jurídicas. Requieren de una prueba legal de su misma existencia. Se convierte en un requisito imprescindible para el reconocimiento social, que posibilita la actuación normal en el tráfico de la persona jurídica.¹⁸⁵ Tal como lo indica la ley general de sociedades en sus artículos 43° y 44° respectivamente.¹⁸⁶

¹⁸³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Ob. Cit., P, 280.

¹⁸⁴ Ibid., 280-283.

¹⁸⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Ob. Cit., p, 280-283.

¹⁸⁶ Véase los artículos 43° y 44° de la Ley General de Sociedades.

2.2.4. El Velo Societario

2.2.4.1. Concepto

Afirmamos que es la coraza de protección de las persona físicas que conforman la sociedad, Es el hermetismo de aquella en virtud del cual la personalidad de la persona jurídica excluye las de los socios; de modo que la conducta de éstos como individuos será indiferente a la sociedad como la de esta misma respecto al patrimonio particular de los socios, por lo que los accionistas no responden con su propio patrimonio de las deudas sociales, que a fin de cuentas son los responsables por los actos o acciones de las mismas.

2.2.4.2. Característica

La característica esencial de estas sociedades anónimas reside justamente en el hecho de que por las obligaciones sociales responden solamente la sociedad con su patrimonio y no responde nunca, ni siquiera con carácter subsidiario el socio. Éste último solo es deudor de la sociedad únicamente por la aportación prometida y no efectuada todavía. No existe responsabilidad ultra vires en el sentido de que los acreedores sociales, no puedan contar con la responsabilidad subsidiaria del socio.¹⁸⁷

Según el pensamiento de Anzola Gil Marcel “ocurre un fenómeno hasta cierto punto inverso, por cuanto ante terceros no responde sino la persona jurídica y solo dentro de sus posibilidades patrimoniales de pago; esto es, se produce en

¹⁸⁷ MESSINEO, Francesco, “*Manual de Derecho Civil y Comercial*”, p, 162.

ella una absoluta y completa separación de patrimonios en razón de su personificación jurídica”.¹⁸⁸

2.2.4.3. Levantamiento del velo societario

Si bien a esta doctrina se le conoce también como allanamiento, desestimación o inoponibilidad de la persona jurídica; regla de penetración, doctrina de la instrumentality o doctrina del alter ego, doctrina de la identidad, lifting of veil o disregard of legal entity; piercing the corporate veil, teoría de la impenetrabilidad, rasgado del velo societario o levantamiento de la personalidad, la denominación adoptada para este trabajo es la del levantamiento del velo societario.

Esta técnica judicial prescinde de la personalidad jurídica aparente penetrando en el sustrato que se oculta tras ella, concluyendo que existe identidad entre persona física y sociedad o entre varias sociedades y en consecuencia negando la separación del patrimonio de la persona jurídica “pantalla” y declarando la responsabilidad de los bienes al cumplimiento de las obligaciones del deudor. Por el contrario, si la actuación es conforme a las normas del derecho no procede el levantamiento del velo, aunque la persona jurídica acumule deudas impagas o haya sido objeto de una mala administración.¹⁸⁹

En las palabras de Garrone José, la penetración es una superación de la forma jurídica de persona adoptada por la pluralidad organizada en unidad; es un levantar el velo de la personalidad; un mirar dentro de ella para atender sus realidades internas y las que son propias de quienes conforma

¹⁸⁸ ANZOLA GIL, Marcela y otros, Ob. Cit., p, 20.

¹⁸⁹ GIL DEL CAMPO, Miguel y otros, Ob. Cit., pp, 139-140.

o disponen de la voluntad que la ley les asigna.¹⁹⁰ Puede proceder normativamente, en razón de normas de derecho positivo o mediante acción jurisdiccional (desestimación).

Para PERE J, Brachfield, la doctrina del levantamiento del velo corporativo es una corriente jurisprudencial que hace responsables directos de las deudas a los socios cuando ha existido un fraude de Ley y se han creado sociedades para perjudicar a los proveedores y acreedores...¹⁹¹

Por medio de esta técnica se consigue aplicar la responsabilidad de los socios... siempre que por cualquier medio se constate el fraude; de manera que la persona física ya no se va a beneficiar de la limitación de la responsabilidades que le caracteriza a la personas jurídicas precisamente porque se eligió intencionalmente esta forma de actuar en el tráfico con la intención de eludir las responsabilidades que le hubiesen correspondido de actuar personalmente.¹⁹²

En el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, se ha decidido por aplicar la práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley les confiere personalidad propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se pueden perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude.¹⁹³

¹⁹⁰ GARRONE, José Alberto, Ob. Cit., p, 212.

¹⁹¹ PERE J, Brachfield, *“La Nueva Legislación Contra la Morosidad Descodificada: Reclamación de deudas y gestión de impagados”*, p, 344.

¹⁹² SELMA PENALVA, Alejandra, *“Los Límites del Contrato de Trabajo en la Jurisprudencia Española”*, p, 405.

¹⁹³ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, *“Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España”*, p, 476.

2.2.4.4. Aplicación del levantamiento del velo societario en el derecho anglosajón y norteamericano

Con el acelerado crecimiento tecnológico y empresarial que suscitaron las revoluciones industriales, se generó una creación masiva de sociedades de responsabilidad limitada y, con ello, también un ejercicio abusivo del derecho, mediante el cual, los socios o quienes actuaban bajo la forma societaria, realizaban actos antijurídicos amparados bajo una forma societaria u organización colectiva, usándola como mascara o pantalla, en beneficio propio y/o en perjuicios de terceros.¹⁹⁴

Su desarrollo más acabado, lo encontramos en el derecho anglosajón, estando presente por igual en sus jurisdicciones más representativas, tanto en el reino unido de gran Bretaña e Irlanda del norte como en Estados Unidos de América.¹⁹⁵

Serían las cortes de los Estados Unidos de América las que, sobre la base de la equidad, desarrollaron y aplicaron la denominada doctrina del “disregard of the legal entity” o “piercing the corporate veil”. Luego, mediante la famosa obra de Serick “Rechtform und Realität Juristschen Personen” se divulgó dicha doctrina en Europa, para más tarde llegar a Latinoamérica, siendo recogida jurisprudencialmente y luego, en algunos países, positivizado.¹⁹⁶

Según Carmen Boldó Roda el primer antecedente de la aplicación de la doctrina del Levantamiento del Velo se encuentra en el caso “Bank of United States vs Deveau”, resolución emitida por el juez Marshall, ponente del tribunal supremo de los Estados Unidos en el año 1809.

¹⁹⁴ PÉREZ SUAY, Andrea, “ *Doctrina del levantamiento del velo societario*” Ubicado [02-04-2018] en http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/257451/TFG-PEREZ_SUAY-2015.pdf?sequence=1

¹⁹⁵ PAZ YANASTACIO, Francisco, “*Las Economías de Opción como Instrumentos de Control de Riesgo Fiscal*”, p, 53.

¹⁹⁶ CHANG YONG, Cristina, “*La Responsabilidad de los Accionistas por Deudas Tributarias: el levantamiento del velo societario en el derecho tributario*”, recuperado [23-11-2016] en: http://www.ipdt.org/editor/docs/06_IXJorIPDT_CCHY.pdf

En síntesis se planteó una cuestión en términos de competencia jurisdiccional. El caso se inició cuando una persona física interpuso una demanda contra una persona jurídica, el banco de los Estados Unidos, ante el tribunal Federal, donde era magistrado el juez Marshall. El Banco de los Estados Unidos alegó la falta de competencia del Tribunal Federal en base del artículo tres, sección segunda de la Constitución federal según el cual, la jurisdicción de los Tribunales Federales únicamente tenían competencia sobre controversias generadas entre ciudadanos de diferentes estados.

El juez resolvió que debía, mantener la competencia puesto que, algunas de las partes fuera una sociedad, entendía que la realidad era que la sociedad estaba compuesta de personas individuales. Acorde con ello dictaminó: El Tribunal cree estar autorizado (...) para mirar las diferentes personalidades de individuos que componen la sociedad.

En concreto y por primera vez, un tribunal decidió averiguar qué responsabilidad tenían las personas que integraban las sociedades, en concreto los bancos, penetrado en la condición de sus propios componentes por encima de la responsabilidad limitada que podría detentar la propia sociedad como ente autónomo e independiente¹⁹⁷

En sentido coincidente se pronuncia Serick, quien resume de este modo la aplicación del principio hecha por el derecho norteamericano: la solución del problema relativo a cuándo puede prescindirse del rasgo esencial de la persona jurídica, que es la separación radical entre la sociedad y sus socios, depende de que la persona jurídica actúe sin apartarse de los fines en atención a los cuales el derecho la ha creado.¹⁹⁸

¹⁹⁷ PÉREZ SUAY, Andrea, “ *Doctrina del levantamiento del velo societario*” Ob., Cit., p, 19

¹⁹⁸ GARRONE, José Alberto, Ob., Cit., p, 213.

En las palabras de Serick existen tres categorías en las que se pueden agrupar las manifestaciones más frecuentes sobre supuestos de abuso de la persona jurídica:

a) Fraude a la ley por medio de la persona jurídica

Cuando el resultado que la ley rechaza se obtiene por un camino que la ley no ha previsto y cuando precisamente la ratio legis de la norma era que tal resultado no se produzca. Puede ser que la persona jurídica haya existido al momento del fraude o que haya sido creada para tal fin con lo que se logró la sustracción a la ley.

b) Fraude o violación de contrato y lesión contractual

Por medio de la persona jurídica se puede burlar o incumplir un contrato como consecuencia del desdoblamiento de la sociedad y de su único socio. Como ejemplo, A y B se obligan frente a C a no realizar determinado acto. Ese acto lo realiza la sociedad X, cuyos socios son A y B quienes han creado la sociedad X precisamente con el objeto de realizar el acto.

c) Daño fraudulento causado a terceros

Son aquellos supuestos en los que se causa daño pero que no son consecuencia de fraude a la ley por medio de persona jurídica, tampoco por fraude o violación de contrato y lesión contractual. Tal como ha sido señalado, a partir del enunciado de Serick y la Doctrina mayoritaria, lo que subyace a la doctrina del levantamiento del velo societario es en primer lugar la sanción al abuso del derecho, fraude a la ley, actuación contra los actos propios; puntos tratados en el siguiente ítem, en segundo lugar, anteponer en circunstancias excepcionales al principio de seguridad jurídica en un Estado de Derecho, los valores justicia, equidad y buena fe en resguardo del fin último

del derecho, preservar la convivencia social y paz social en justicia.

El presupuesto de hecho para su aplicación es la utilización de una persona jurídica para conseguir fines ilícitos, incumplir obligaciones y en general para defraudar y perjudicar a terceros, siendo la persona jurídica un mero instrumento para evitar el principio de responsabilidad personal por las deudas.¹⁹⁹

Se ha sostenido que la aplicación del levantamiento del velo societario debe ser prudente ya que afecta la seguridad jurídica y a una pluralidad de intereses, y que su aplicación reviste asimismo carácter subsidiario y restrictivo.²⁰⁰

“... la finalidad primordial de esta técnica es evitar el fraude de ley y proteger a los acreedores sociales e incluso a los socios minoritarios.”²⁰¹

2.2.4.4.1. Supuestos generales de aplicación

Los supuestos que se deben presentar u observar para aplicar la teoría del levantamiento del velo societario son los siguientes:

2.2.4.4.1.1. Abuso del derecho

En las palabras de Marcial Rubio citado por Fernández Sessarego, el abuso del

¹⁹⁹ GIL DEL CAMPO, Miguel y otros, Ob. Cit., p, 139.

²⁰⁰ Ibid., Ob. Cit., p, 140.

²⁰¹ MARÍN CASTÁN, Francisco, “*Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*”, p, 30.

derecho es un *tertium genus*,²⁰² porque no se trata de un acto lícito ni de un acto ilícito.²⁰³

“... hay abuso de la personalidad jurídica cuando por intermedio de ella se posibilita la burla de una disposición legal o una obligación surgida del contrato, o se causa un perjuicio a terceros.”²⁰⁴

El ejercicio excesivo de un derecho comportará siempre por ello un sacrificio de otro derecho con la siguiente ruptura del equilibrio del que depende la ordenada convivencia que el derecho pretende asegurar. De ahí que el abuso del derecho haya sido condenado.²⁰⁵

“Los autores siguen afirmando... Para la declaración de existencia de abuso del derecho (...) el acto u omisión ha de sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero; y esto ha de producirse o bien por la intención de su autor, por su objeto o por circunstancias en que se realice.”²⁰⁶

²⁰² El abuso del Derecho se erigiría como un género diverso al de los actos lícitos pero también diferente al de los ilícitos, es decir, tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas. Al respecto Giorgianni Michele afirma, el acto abusivo es lícito en relación a su aspecto formal e ilícito en cuanto al contenido valorativo de la norma. Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Ob. Cit., p, 139.

²⁰³ Ibid., p, 139.

²⁰⁴ ANZOLA GIL, Marcela y otros, Ob. Cit., p, 75.

²⁰⁵ PAREJO GAMIR, José, BLANCH NOUGUÉS, Juan y otros, “*Estudios en Homenaje al profesor Pérez de Ayala*”, p, 325.

²⁰⁶ Ibid., p, 333.

La conducta se revela abusiva porque su ejercicio, es contrario a la buena fe, es decir, el objeto sobre el que se ejerce o las circunstancias en que se ejerza el derecho sobre pasa los límites normales del derecho.²⁰⁷

Conducta fraudulenta que solo puede ser realizada por las personas físicas que dirigen y administran el ente, a través de conductas irregulares que se han dado en llamar abuso de la personalidad jurídica.²⁰⁸

Ordoqui Castilla, Gustavo afirma, en los casos de abuso de derecho, junto al derecho subjetivo, aparece el deber de respetar del interés ajeno. Así, no se abusa de lo lícito, sino que se transgrede un deber de conducta, lo que nos introduce en una forma de ilicitud sui generis²⁰⁹

En cuanto a la finalidad que puede haber tenido el legislador al contemplar expresamente el derecho de asociación, y al prever la posibilidad de que existan formas societarias que limiten su responsabilidad patrimonial, creemos que es claro que se ha buscado favorecer, fundamentalmente, a los socios para que

²⁰⁷ CASTILLO BLANCO, Federico, "La interpretación y Aplicación Del ordenamiento jurídico Público: especial referencia al abuso del derecho", Ob. Cit., P, 234.

²⁰⁸ PÉREZ ARIAS, Jacinto, "*Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*", p, 105.

²⁰⁹ Citado por OBANDO BLANCO, Roberto, Ob. Cit. p, 2.

puedan obtener beneficios, sean estos patrimoniales o no, desarrollando las actividades permitidas en su objeto social; no así para que usen la persona jurídica como una “máscara” en perjuicio de terceros, eludiendo obligaciones contractuales, tributarias, laborales o responsabilidades civiles. Es en estos últimos casos en los que el juez debe verificar que se ha cometido un abuso del Derecho subjetivo de asociación, cualquiera que sea la modalidad de la sociedad mercantil, y declarar que efectivamente se ha hecho un uso antisocial de dicha prerrogativa legal, imponiendo los correctivos y las sanciones que sean necesarios²¹⁰.

2.2.4.4.1.2. Fraude a la ley

El actuar fraudulento consiste en el ejercicio de acciones al amparo de una norma legal para obtener de mala fe los resultados provistos en la norma.²¹¹

En ese sentido Gonzáles García dice: El fraude a la ley consiste en una conducta con una fachada de legalidad, sirviéndose de normas inadecuadas para obtener los fines deseados.²¹²

²¹⁰ GUERRA CERRÓN, Jesús María, Ob., Cit., p, 267.

²¹¹ CASTILLO BLANCO, Federico, Ob. Cit., p, 236.

²¹² OBANDO, Roberto, Ob. Cit., p, 7.

Para los autores, De Castro, Luque, Miguel, e Hinojosa, Juan, consideran el fraude a la ley como uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y que se ha amparado en otra norma dictada con distinta finalidad.²¹³

En la opinión de Moreno Gonzales- Aller: el fraude no se presume, sino que es preciso alegar y probar por quien lo invoque datos que permitan concluir más allá de una duda razonable y de las meras sospechas o conjeturas la existencia de una actuación fraudulenta.²¹⁴

De forma contraria opina Tolosa Triviño citado por Sánchez Juan, quien afirma: el mayor problema surge debido... a las dificultades de prueba que su concreta aplicación comporta dado que...el fraude suelen ser conductas que no se exteriorizan, sino que se necesita investigar la voluntad real subyacente para poder determinar su concurrencia, teniendo en cuenta que la real voluntad suele enmascararse tras una serie de actos con apariencia de legalidad.²¹⁵

En ese sentido Pérez Royo, declara, esto equivalía a exigir a una probatio diabólica, dando a entender que, en la mayoría de

²¹³ LUQUE MATEO, Miguel, HINOJOSA TORRALVO, Juan, Ob. Cit., pp, 17-22.

²¹⁴ Citado por: SÁNCHEZ TERÁN HERNÁNDEZ Juan, “*Los Criterios de Graduación de las Sanciones Administrativas en el Orden Social*”, p, 120.

²¹⁵ Citado por: SÁNCHEZ TERÁN HERNÁNDEZ Juan, Ob. Cit., p, 125.

los casos, sería imposible demostrar la intención fraudulenta de la actuación del contribuyente.²¹⁶

En consecuencia no se trata de descubrir el fraude sino de que haya menos... ya que las diversas formas de incumplimiento y de fraude se acomodan rápidamente a la realidad económica, a la normativa y a la forma de actuar de la administración.²¹⁷

Nuestra legislación vigente no sanciona expresamente el fraude a la ley, sin embargo, sí ha previsto el fraude a los acreedores a efecto de tutelar sus derechos, cuando el deudor desaparece o disminuye su patrimonio conocido perjudicando el cobro del crédito. Así existen figuras jurídicas, a través de las cuales puede recuperar su crédito, entre los cuales tenemos a la acción pauliana²¹⁸ y la acción oblicua o subrogatoria²¹⁹. Si bien en nuestra legislación no encontramos regulado el fraude a la ley, sí lo está el fraude en los actos jurídicos y específicamente el acto jurídico en fraude de los acreedores, por cuanto su ámbito de acción es el de los actos patrimoniales. En este caso no es que haya una ley de

²¹⁶ LUQUE MATEO, Miguel, HINOJOSA TORRALVO, Juan, Ob. Cit., p, 21.

²¹⁷ *Ibíd.*, p, 334.

²¹⁸ La acción pauliana que tiene por objeto evitar la reducción de la insolvencia conocida del deudor y que se desprenda a favor de otros el patrimonio que de modo global garantiza el crédito. Además es la facultad que la ley otorga al acreedor para pedir la declaración de inoponibilidad o ineficacia respecto de él de ciertos actos de disposición, no necesariamente fraudulentos, que el deudor efectúe de su patrimonio y que causen perjuicio a sus derechos, hasta el límite de ellos.

²¹⁹ La acción oblicua o subrogatoria que permite que un acreedor ejerza los derechos correspondientes a su deudor y en su nombre (legitimidad extraordinaria), busque defender su patrimonio o incrementarlo.

cobertura sino lo que tenemos es un “acto jurídico de cobertura”, para evitar el cumplimiento de una obligación. Para combatir este fraude contamos con la acción pauliana prevista en nuestro Código Civil, la “que no tiene un carácter indemnizatorio sino preventivo. Su objeto no es resarcir al acreedor del daño que le ocasione el acto fraudulento del deudor, sino evitar que tal acto produzca efectos perjudiciales para el acreedor. Por lo tanto, si el daño se ha producido por no haber sido posible la revocación del acto, la acción procedente no es la pauliana sino la acción indemnizatoria que permita al acreedor resarcirse del perjuicio sufrido”²²⁰

Como lo señalan algunos autores, para la aplicación de la figura del levantamiento del velo societario es necesario que los actos efectuados por los socios hayan producido daño y debe de existir un nexo causal entre los hechos y el daño, entonces estamos simplemente ante un análisis previo de la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil, esto es, daño causado, antijuricidad, nexo causal y factor de atribución, lo que nos llevaría a la conclusión que la Doctrina del levantamiento del velo sería innecesaria ya que bastaría recurrir a las reglas

²²⁰ “*De los actos jurídicos*”, en Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, T. II, p. 110.

comunes de responsabilidad civil. Los elementos de la responsabilidad civil nos pueden servir de referentes, pero el abuso del derecho, el fraude a la ley y otros escapan al modelo jurídico por lo que no nos conducen al resultado que se obtiene por el levantamiento del velo. Al igual que en el caso del ejercicio abusivo del derecho, en el fraude a la ley el criterio más adecuado para determinar si nos encontramos ante una conducta fraudulenta es el objetivo que se presenta cuando se pretende burlar la finalidad social, económica o política por la que fue promulgada una norma legal. A tal efecto, no importará el conocimiento o no de las partes acerca de los fines de la norma, pues éstos, al igual que la norma misma, se deben presumir conocidos por todos²²¹.

2.2.4.4.1.3. Distinción entre abuso del derecho y fraude a la ley

Si bien existen similitudes entre ambas figuras como indica el maestro Carlos Fernández Sessarego cuando señala lo siguiente: “El fraude a la ley resulta así un principio general del derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que se encuentra estrechamente vinculado con otros principios generales como la buena

²²¹ GUERRA CERRÓN, Jesús María, Ob., Cit., p, 270.

fe, las buenas costumbres, el orden público. Se trata, en consecuencia, y al igual que el abuso de derecho, de un deber jurídico a cargo del sujeto de derecho y que consiste en no violar el espíritu de la norma, su sentido jurídico, el propósito para el que fue promulgada más allá de su literalidad. Las normas jurídicas se integran dinámicamente con los valores, en tanto los recogen y plasman al efecto de regular conductas intersubjetivas. El sentido valioso de la norma prima sobre su mera expresión escrita [...],”²²² hay también diferencias sustanciales entre el ejercicio abusivo del derecho y el fraude a la ley, que ameritan una separación no sólo doctrinaria sino que también son advertidas en la aplicación de las mismas.

En la opinión de Miaja de la Muela, citada por Obando, Roberto, el fraude a la ley consiste en la realización de uno o varios actos lícitos para la consecución de un resultado antijurídico. Por su parte, el abuso de derecho consiste en un acto lícito, pero contrario al espíritu o los principios del derecho, en el transcurso de su ejecución. De allí que se distinga del ejercicio regular de un derecho mediante el cual se causa algún daño a terceros. Esto es, el abuso de derecho consiste en

²²² Citado por: OBANDO, Roberto, Ob. Cit., p. 2.

una conducta que parece ser congruente con la norma, un comportamiento que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica; sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que su actualización no es ya una acción válida y legítima, sino un acto ilícito.²²³

Para Carhuatocto Henry²²⁴, existen las siguientes diferencias entre abuso del derecho y fraude a la ley:

1.- Abuso del derecho: derecho subjetivo utilizado de forma antisocial.

Fraude a la ley: se instrumentaliza una norma con una finalidad distinta para la cual fue expedida.

2.- Abuso del derecho: Existe la vulneración de un interés legítimo no protegido por una norma específica.

Fraude a la ley: Existe una norma imperativa o de orden público vulnerado o que intenta ser eludida.

3.- Abuso del derecho: los valores que se protegen a través de esta institución son el deber de solidaridad y de convivencia social. La vivencia de la solidaridad compromete a una persona a evitar que su conducta intersubjetiva comporte

²²³ OBANDO, Roberto, Ob. Cit., p, 7.

²²⁴ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, "La Utilización Fraudulenta de la Persona Jurídica", p, 108.

intolerables limitaciones o injustas opresiones a la realización de los proyectos existenciales de las personas con las cuales interfiere su accionar.

Fraude a la ley: el bien jurídico que se defiende con esta institución es el cumplimiento de las normas de orden público e imperativas.

2.2.4.5. Principios que entran en juego

Respecto al tema tratado se ha suscitado una confrontación entre los principios de justicia y seguridad jurídica, principios que debe estar a la par por cuanto defiende derechos fundamentales de la personas en un Estado de Derecho como es el nuestro.

Siendo así es necesario saber cuáles son los principios consagrados en un Estado de Derecho:

2.2.4.5.1. Principio de seguridad y estabilidad jurídica

Para Marcial Rubio este principio forma parte consubstancial del estado Constitucional del Estado Social de Derecho. La procedibilidad de las conductas (en especial las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el

ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad.²²⁵

En consecuencia habrá seguridad jurídica si los derechos son reconocidos y cumplidos. La seguridad jurídica consiste, en esencia, en que el derecho será cumplido y, por consiguiente, que las conductas de las personas, pero principalmente del Estado, sus órganos y organismos serán predecibles. Lo esencial de la seguridad jurídica es poder predecir la conducta de las personas y del poder a partir de lo que manda el derecho.²²⁶

La seguridad jurídica se establece como un valor específico que se perfila...como la razón que fundamenta el ejercicio de los derechos y el desarrollo de los principios en un ámbito de paz, orden y certeza.²²⁷

El principio de la legalidad, por tanto se conecta con la seguridad jurídica, en la idea de que la Ley se nos presenta como el instrumento normativo que proporciona un Derecho en términos ciertos y seguros.²²⁸

Afirma Asorey citado por Romero Garcia Felipe, que la seguridad y certeza se convierte en el contenido del principio de legalidad, permitiendo consolidar el afianzamiento de la necesidad de atribuir certeza y justicia al contenido de la propia Ley.²²⁹

²²⁵ RUBIO CORREA, Marcial, Ob. Cit., p, 78.

²²⁶ Ibid., p, 79.

²²⁷ OTERO PARGA, Milagros, “Valores Constitucionales: introducción a la filosofía del Derecho: axiología jurídica”, p, 177.

²²⁸ ROMERO GARCÍA, Felipe, “El Valor Sistema Tributario: acerca de su integración entre los principios de la imposición”, p, 346.

²²⁹ Ibid., p, 347.

“...La seguridad cumple, así, una función de legitimación de la legalidad en su doble manifestación de certidumbre del derecho y eliminación de la arbitrariedad.”²³⁰

Sin embargo para Lívio Gomes, Marcus, la interpretación de la norma jurídica tiene que ver con esa seguridad jurídica, que puede cambiar por motivos políticos, sociales, económicos, etc., influjo natural de la sociedad, por lo tanto, la seguridad jurídica es siempre relativa y no absoluta.”²³¹

En ese mismo sentir Carmen Boldo, refiere al igual que el Tribunal Constitucional Español, el principio de seguridad jurídica no es un valor absoluto, toda vez que este encuentra su límite en otros valores o principios consagrados en la Constitución. En este caso el límite está en el valor de la justicia, el que tiene un valor normativo inmediato y directo. ²³²

De ahí la sensación y vivencia que tienen los ciudadanos respecto a lo que perciben como seguridad jurídica frente a un órgano jurisdiccional con deberes y obligaciones y al resto de organismos estatales y privados. De allí la tan exigida “predictibilidad en las decisiones judiciales” por parte de la comunidad jurídica.

²³⁰ ROMERO GARCÍA, Felipe, Ob. Cit., p, 347.

²³¹ LÍVIO GOMES, Marcus, “Instrumentos para la Unificación de Criterios Administrativos en Materia Tributaria” Ob. Cit., p, 32.

²³² Citada por: CHANG YONG, Cristina, Ob. Cit., p, 87.

2.2.4.5.2. Principio de justicia y equidad

En principio dado que se trata de ordenar la vida en sociedad, hemos de llegar a una concepción pública de la justicia, esto es, a una concepción que pueda ser reconocida como mutuamente aceptable por todos sus miembros, cualesquiera que sean sus posiciones sociales o intereses particulares.²³³

Es decir, una teoría de la justicia que tiene que preguntarse no solo los principios de justicia que sustente la formación de la sociedad y por la concepción de justicia más adecuada sino también por la posibilidad de una sociedad justa de ciudadanos comprometidos con concepciones particulares de lo bueno.²³⁴

Si la justicia atribuye derechos y correlativamente deberes a cada persona, lo hace basada en la igualdad de todos, por lo cual la equidad involucra esencialmente el concepto de igualdad.²³⁵ Por lo tanto es la cualidad por la que ninguna de las partes es favorecida de manera injusta en perjuicio de la otra.²³⁶

Según Recaséns Siches, la equidad “es equivalente a Justicia (...) lo fundamentalmente justo. Al fin y al cabo la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber, el principio de igualdad o proporcionalidad. En tal sentido, justicia y equidad resultan ser vocablos sinónimos. Una segunda acepción, la más usada e

²³³ SALVAT, Pablo, “*El Porvenir de la Equidad: aportaciones para un giro ético en la filosofía política contemporánea*”, pp, 42-43.

²³⁴ IGNACIO GRUESO, Delfín, “*Jhon Rawls: Legado de un Pensamiento*”, p, 261.

²³⁵ BRAVO ARTEAGA, Juan, “*Derecho Tributario: escritos y reflexiones*”, p, 155.

²³⁶ PEÑA MOLINA, Blanca, “*¿Igualdad o Diferencia?*”, p, 82.

importante, de la palabra equidad es la de denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa) que sea justa, es decir, que resulte justa en el caso particular y concreto para el que se dictó. En este sentido se suele hablar de equidad como aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso singular. En tercer lugar se habla también de equidad para designar la norma o el criterio en que deben inspirarse, las facultades discrecionales del juez o del funcionario administrativo.²³⁷

Afirmamos innegablemente que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario plantea como tema de fondo, un conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia, razón por la cual se ha decidido por aplicar la práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley les confiere personalidad propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se pueden perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude.²³⁸

“Por lo tanto, la justicia tiene un sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo valor en sí, sino también medida de los demás valores sociales y jurídicos. Además el valor absoluto de la justicia, “dar a cada

²³⁷ RECASÉNS SICHES, Luis, “*Equidad*”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, T. X, p. 427.

²³⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, Ob. Cit., p, 476.

uno lo suyo”, se encuentra indestructiblemente vinculado a la dignidad de la persona”²³⁹

2.2.4.5.3. Principio de buena fe

Para Valencia Zea y Ortiz Monsalve, la buena fe indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, o sea, por medio de la lealtad y sinceridad que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable.²⁴⁰

La buena fe es un principio general de derecho que incluso se ha llegado a calificar como supremo. La buena fe “significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos.” La buena fe se concreta con un deber de comportamiento leal y correcto en el tráfico jurídico.²⁴¹

Según Largo, Adriana. El principio vertebrar de la convivencia social lo constituye la buena fe, con sujeción al cual deben actuar las personas sin

²³⁹ PÉREZ IBÁÑEZ, Alejandro, Ob., Cit., p. 14.

²⁴⁰ Citados por: LARGO TABORDA, Adriana, “*Tensión Entre Autonomía y Buena Fe en la Contratación Privada Contemporánea*”, p. 42.

²⁴¹ ARISTIZÁBAL BORRERO, Laura, JIMÉNEZ VALENCIA, Juan Camilo, “*El Levantamiento del velo corporativo aplicado a las organizaciones internacionales*”, (Tesis pre-grado), Pontificia Universidad Javeriana, Recuperado [21-01-2018] en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/9985/AristizabalBorreroLaura2013.pdf?sequence=1>, pp., 49-50.

distingo alguno en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan.²⁴²

Es comúnmente aceptado que esta regla es perfectamente válida para la fase preparatoria de los contratos.²⁴³

El principio de buena fe se concreta a través de los deberes de conducta que se les imponen a los contratantes, así no los hayan pactado, pues se derivan de la exigencia general de actuar en forma correcta, honesta o leal.²⁴⁴

La buena fe es el fundamento y razón del comportamiento social de las personas, lo que debe estar en todas las relaciones que se originen. Nuestro Código Civil, en el artículo 168° establece que: “El acto jurídico debe interpretarse de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe”. Como sabemos, la buena fe se presume, ergo, la mala fe tendrá que ser probada; y de comprobarse, no tendrá ninguna protección. En la Ley General de Sociedades se acoge este principio, estando prevista la protección a los terceros, siempre que hayan actuado de buena fe. Al referirnos a las relaciones, éstas no deben entenderse sólo en aquellas relaciones civiles entre particulares sino también en las relaciones con entes públicos o principalmente con la administración de justicia²⁴⁵.

²⁴² LARGO TABORDA, Adriana, “Tensión Entre Autonomía y Buena Fe en la Contratación Privada Contemporánea”, p. 42.

²⁴³ CONDE MARÍN, Emilia, “La Buena Fe en el Contrato de Trabajo: Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo”, pp, 155-156.

²⁴⁴ BERNAL FANDIÑO, Mariana, “El Deber de Coherencia en el Derecho Colombiano de los contratos”, p, 31.

²⁴⁵ GUERRA CERRÓN, Jesús María, Ob. Cit., p, 277.

2.2.4.5.4. Principio de los actos propios

Este principio acepta que lo fundamental que hay que proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe que, ciertamente, se basa en una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociarles,²⁴⁶ es decir, La teoría de que nadie puede ir contra sus propios actos. En atención a esta teoría, la persona jurídica que ha creado una situación tendrá que responder, lo que se fundamenta en la protección a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia.²⁴⁷

En esta teoría encontramos otro fundamento que justifica la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. El nombre proviene del latín “venire contra factum proprium non valet” y ha adquirido la categoría de principio general de Derecho por la protección de la confianza y de la buena fe. Por ejemplo, Serick entre los supuestos de fraude a un contrato consideró que se trata de una manifestación del “venire contra factum proprium non valet”, cuando la persona jurídica es un medio para llegar a un resultado que viola lo expresamente pactado, tanto si se ha constituido el ente social antes de la celebración del negocio jurídico o después, ya que en este caso la parte contratante confiaba en una determinada situación de hecho o derecho²⁴⁸

²⁴⁶ LÍVIO GOMES, Marcus, Ob. Cit., p, 30.

²⁴⁷ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, Ob. Cit., p, 146.

²⁴⁸ BOLDÓ RODA, Carmen, “Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español”, p. 275.

2.2.4.6. La necesidad de la teoría del levantamiento del velo societario

2.2.4.6.1. En el ámbito societario

Nuestra regulación especial societaria no es una norma sancionadora sino por el contrario ha previsto una serie de acciones y mecanismos, como la convalidación, corrección y ratificación, para conservar el acto societario al extremo de haber introducido plazos de caducidad bastantes cortos.²⁴⁹

Como bien lo señala Daniel Echaiz Moreno, “el Derecho Mercantil es una disciplina jurídica especialmente permeable, porque regula las cuestiones comerciales que se nutren, más que otras, de la propia realidad; en tal sentido, la autonomía de la voluntad cobra singular importancia”²⁵⁰.

Para Hundskopf Exebio, los actos abusivos utilizando a la sociedad anónima conlleva a una confusión en la doctrina nacional al tratar de asimilar los supuestos de aplicación del levantamiento del velo societario o allanamiento de la personalidad (Dominio de la sociedad por otra persona, física o jurídica sea o no socia, debe producirse un perjuicio a terceros o un fraude a la ley por último se debe respetar en todo caso el llamado “principio de subsidiariedad), para atribuir responsabilidad de determinados órganos integrantes de la administración de una persona jurídica (por ejemplo,

²⁴⁹ GUERRA CERRÓN, Jesús María, “*Levantamiento del Velo Societario y los Derechos, Deberes y Responsabilidades de la Sociedad Anónima*” (tesis doctoral). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado [19-10-2016] en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/3148/1/Guerra_cj.pdf.

²⁵⁰ ECHAÍZ MORENO, Daniel, Ob. Cit., p. 6.

en el caso de sociedades anónimas, los miembros del Directorio y la gerencia) en situaciones en las que hubieren actuado en abuso del derecho o de forma defraudatoria a los intereses y derechos de terceros y/o de los propio socios. Sobre el particular, tales situaciones no responden a los supuestos, ni al ámbito de aplicación de la figura jurídica analizada, dado que la responsabilidad derivada de dichos actos se encuentra enmarcada en el incumplimiento de los deberes propios de las funciones, y no en la simulación o instrumentalización de la persona jurídica mediante el amparo de su responsabilidad limitada, principalmente porque dicha condición jurídica no beneficia en forma directa a tales miembros de la administración, sino únicamente, en el caso de las sociedades anónimas, a una persona jurídica vinculada a ella, que conduzca o domine sus actividades o a sus propios accionistas.²⁵¹

Sin embargo, en las palabras de Carmen Boldo Rodá, la aplicación de la doctrina del levantamiento a los grupos de sociedades en el derecho español, la doctrina y la jurisprudencia de dicho país (...) vienen afirmando que si el grupo forma una unidad, y como tal actúa y se manifiesta al exterior, como tal unidad debe responder ante los terceros acreedores. Sin embargo, esta posición choca con la concepción formal de que cada sociedad que integra un grupo, posee personalidad jurídica propia, y que, por esa razón, es la única titular de sus derechos y obligaciones: la responsabilidad que nace por la falta

²⁵¹ GUERRA CERRÓN, Jesús María, “*Levantamiento del Velo Societario y los Derechos, Deberes y Responsabilidades de la Sociedad Anónima*” (tesis doctoral). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado [19-10-2016] en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/3148/1/Guerra_cj.pdf.

de cumplimiento de estas últimas le corresponde y es imputable solo a ella. Frente a esto surge la referida doctrina del velo. El efecto pretendido normalmente con la aplicación de esta doctrina en materia de grupos, será el lograr la comunicación de la responsabilidad por deudas entre los miembros de la misma ²⁵²

La misma autora afirma que este problema se debe al silencio legislativo y a la falta de formación (debido a gran medida a su dificultad) de un cuerpo doctrinal bien delimitado traen como consecuencia la existencia de un abanico de situaciones en las que los tribunales están levantando el velo de la persona jurídica. La consecuencia inmediata es que lo que se había concebido como una técnica excepcional se está convirtiendo en algo genérico con el que se hace frente a numerosas formas de abuso de la persona jurídica.²⁵³

No sólo se puede configurar en los hechos antes nombrados para su aplicación sino también cuando se afecta los derechos de terceros, en los que existe una insolvencia fraudulenta transfiriendo los activos de una sociedad a otra sociedad, para evitar embargos o acciones resarcitorias.

2.2.4.6.2. En el ámbito tributario

Hemos afirmado que los supuestos en los que se puede aplicar la doctrina en estudio, son

²⁵² Citada por: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, pp, 289 y ss.

²⁵³ BOLDÓ RODA, Carmen, Ob. Cit., p. 12.

innumerables abarcando diferentes ámbitos del derecho y respecto al ámbito tributario no es la excepción, como se puede materializar por el uso indebido de la persona jurídica con la finalidad de defraudar al fisco, como un mecanismo de evasión o elusión fiscal.

En el fraude a la ley tributaria...formalmente no se ha realizado el hecho imponible, sino que se ha eludido su realización y, en consecuencia, no ha surgido la obligación tributaria asociada al hecho imponible asociada.²⁵⁴

El derecho tributario es autónomo, lo que significa que para efectos tributarios el legislador puede optar por otorgar normas que faciliten cumplir su objetivo, el cual es evitar justamente el mal uso de las personas jurídicas que den como resultado los hechos antes dichos. Aunque se ha afirmado que no es así de fácil promulgar una ley, pues a decir de Sesin; la actividad administrativa no se subordina solo a la ley, sino también a los principios generales del derecho, que pasan a formar parte del sector reglado o vinculado, al integrar el orden jurídico y poder ser aplicados en forma directa...²⁵⁵

De Castro, Luque, Miguel, e Hinojosa, Juan, expresan además, que en nuestro ámbito, el fraude de Ley presenta una singular importancia, por dos razones fundamentalmente. En primer lugar, porque el deseo de obviar la aplicación de las normas tributarias, o de conseguir una minoración de las cargas fiscales, determinan que los particulares

²⁵⁴ LUQUE MATEO, Miguel, HINOJOSA TORRALVO, Juan, Ob. Cit., p, 22.

²⁵⁵ CHANG YONG, Cristina, Ob. Cit., p, 86.

agudicen el ingenio y recurran a las más diversas argucias con el fin de eludir la aplicación de las normas tributarias abusando de las formas jurídicas.²⁵⁶ Y en segundo término, porque la propia configuración de las normas tributarias ofrece claras posibilidades al fraude a la ley.

Sin embargo no podemos negar el esfuerzo que realiza el legislador, respecto al tema, con la modificación del Código tributario en la norma XVI-calificación, elusión de normas tributarias y simulación;²⁵⁷ con la creación del artículo 16-A, podemos señalar que, mediante el referido artículo del Código Tributario el legislador incluyó a los socios como responsables solidarios en los supuestos en los que por dolo o negligencia grave se dejen de pagar deudas tributarias.

Estamos de acuerdo con la posición de algunos tratadistas y nos adherimos a ella cuando afirman, que aun siendo la doctrina del levantamiento del velo societario una solución para combatir estas conductas, no puede admitirse que sea una facultad de la Administración sino que en todo caso, ésta podrá acudir al Poder Judicial y solicitarla, correspondiendo al Juez determinar la procedencia o no.

Además podemos afirmar, en el derecho comparado, en el ámbito tributario español, la doctrina del levantamiento del velo societario ha sido utilizada por los órganos jurisdiccionales

²⁵⁶ LUQUE MATEO, Miguel, HINOJOSA TORRALVO, Juan, Ob. Cit., pp, 17-22.

²⁵⁷ Ver artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1121, publicado el 18 julio de 2012 y vigente desde el 19 de julio de 2012.

fundamentalmente en procedimientos de recaudación de las deudas tributarias y de forma más infrecuente en procedimientos de liquidación de deudas tributarias.²⁵⁸

2.2.4.6.3. En el ámbito civil

Señalamos en principio que nuestro ordenamiento civil recoge el principio de buena fe como premisa y protege, en consecuencia, a quien ha actuado de buena fe. En nuestro Código Civil en el artículo II del Título Preliminar se establece: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”. Por otro lado, sin perjuicio de las normas taxativas que se refieren a la nulidad de los actos o negocios jurídicos, en el artículo V tenemos: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres “. En lo que respecta a la interpretación de los actos jurídicos, a tenor de lo previsto en el artículo 168º se hará teniendo en cuenta el principio de buena fe. Se ha recogido las figuras del abuso de derecho y múltiples formas de nulidad y anulabilidad del acto jurídico, para los casos de lesión, fraude, excesiva onerosidad, entre otros. Es el caso que la declaración de nulidad de un acto o negocio jurídico, en cuanto se pretenda lograr un alcance restitutorio, ya sea si es invocado por una de las partes, de oficio

²⁵⁸ GIL DEL CAMPO, Miguel y otros, Ob. Cit., p, 145.

o por el acreedor por tener interés moral y económico afecta sólo a las partes y no tendrá ningún efecto directo ni de restitución a favor del acreedor que no es parte. Vemos pues que las acciones civiles no nos permiten obtener soluciones a supuestos de uso indebido de la persona jurídica como sí lo hace la Doctrina del levantamiento del velo.

Si una sociedad anónima es utilizada por sus accionistas para desaparecer intencionalmente sus bienes, causando perjuicio a sus acreedores, con la acción pauliana se pretendería restablecer el patrimonio/garantía de la sociedad. Sin embargo, es una vía lata y sujeta además a la comprobación de supuestos como que haya disminución del patrimonio del deudor y que se perjudique el cobro del crédito. Con esta acción no se garantizaría tutela rápida en el caso de uso fraudulento de la persona jurídica, porque no es tal su objeto, como sí lo es la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario que ataca de forma directa el fraude a la ley.²⁵⁹

2.2.4.6.4. En el ámbito arbitral

Afirmamos que la voluntad es la característica peculiar dentro de un proceso de arbitraje, pues solamente quienes han suscrito el convenio arbitral pueden ser compelidos a participar en el respectivo juicio arbitral...El principio de la voluntariedad

²⁵⁹ GUERRA CERRÓN, Jesús María, "*Levantamiento del Velo Societario y los Derechos, Deberes y Responsabilidades de la Sociedad Anónima*" (tesis doctoral). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado [19-10-2016] en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/3148/1/Guerra_cj.pdf.

consiste en que la preferencia por el tribunal de arbitramento, antes que por los jueces ordinarios, corresponde a una elección de las partes contratantes²⁶⁰.

No son muchas las sentencias arbitrales europeas que hayan aplicado la doctrina del velo...debido a que la institución arbitral es de naturaleza voluntarista.²⁶¹

En ese sentido Fernando de Trazegnies sostiene que existe controversia sobre la materia pero finalmente sostiene que en cierto caso el árbitro puede incorporar como demandado en el proceso arbitral a supuestos terceros, para evitar situaciones injustas en el sentido que el ordenamiento jurídico proteja a quien realmente contrató con la parte demandante aunque no acordó la cláusula arbitral, utilizando para ello a una persona jurídica diferente y subordinada.

Argumenta el citado autor que hay tres condiciones para incorporar a terceros en el convenio arbitral, estos son:

- 1.- Que las empresas no signatarias hayan estado involucradas en la operación económica.
- 2.- Que éstas estén vinculadas directamente con el tema controvertido, y

²⁶⁰ ANZOLA, Marcela y otros, Ob. Cit., p, 140.

²⁶¹ AGUILAR GRIEDER, Hilda, "*La Extensión de la Cláusula Arbitral a los Componentes de un Grupo de Sociedades en el Arbitraje Comercial Internacional*", p, 326.

3.-Que las empresas no signatarias se hayan beneficiado económicamente con el negocio que ha generado la controversia.²⁶²

Un punto fundamental que es preciso tener en cuenta es que si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, excluyendo a los terceros involucrados, pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad y por tanto utilidad como medio de solución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde la controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directa e indirectas. De otro lado, si bien el arbitraje surge de un contrato privado, no puede olvidarse que el árbitro es siempre juez y que, por consiguiente, tiene ante todo un compromiso primordial con la posibilidad de llegar a una solución justa dentro de una controversia dada.²⁶³

Tenemos como ejemplo: la controversia suscitada entre TSG Perú S.A.C., (Technology Service Group) contra Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C.,²⁶⁴ es el caso más emblemático de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias que se haya conocido en estas latitudes.

²⁶² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, Ob. Cit. pp., 12-22.

²⁶³ *Ibid.*, p, 18.

²⁶⁴ Véase anexo N° 2

2.2.4.7. Legislación comparada del levantamiento del velo Societario²⁶⁵

El paso del tiempo, de manera similar al aluvión, ha ido forjando la teoría del levantamiento del velo corporativo, y ahora en la mayoría de sistemas jurídicos se consagran reglas claramente establecidas para responsabilizar a los socios por las acciones de la sociedad.

Habiendo analizado grosso modo la aplicación de la teoría, es menester comparar el levantamiento del velo corporativo y su aplicación en algunos países que conforman nuestro continente para evidenciar que, el levantamiento del velo es una regla derivada de un principio general de derecho como lo es el de la buena fe, coadyuvando a la buena administración de justicia.

2.2.4.7.1. República Dominicana

La República Dominicana es uno de los pocos países Latinoamericanos que ha plasmado la teoría del levantamiento del velo corporativo en una ley.179 La Ley 479 de 2008 que reformó el Código de Comercio estipula en su artículo 12 que:

“Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

A los fines de perseguir la inoponibilidad de la personalidad jurídica se deberá aportar prueba

²⁶⁵ ARISTIZÁBAL BORRERO, Laura, JIMÉNEZ VALENCIA, Juan Camilo, Recuperado [21-01-2018] en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/9985/AristizabalBorreroLaura2013.pdf?sequence=1>, p. 55.

fehaciente de la efectiva utilización de la sociedad comercial como medio para alcanzar los fines expresados.”

Lastimosamente no existe a la luz de hoy ningún fallo judicial al respecto, y por consiguiente, aun cuando existe la posibilidad de levantar el velo en casos de fraude, no es posible determinar cuál es el alcance del vocablo “fraude” en el ordenamiento jurídico dominicano, es decir, si puede ser un concepto flexible como en EEUU o Canadá, o si a contrario sensu requeriría demostrar la mala fe. Aun cuando no haya certeza de la interpretación que le den los tribunales, por la forma como está redactado el artículo consideramos que se necesita demostrar el dolo para poder levantar el velo corporativo.

2.2.4.7.2. Nicaragua y Costa Rica ²⁶⁶

Si bien en Nicaragua no existen normas jurídicas que regulen la aplicación de esta teoría, la doctrina ha establecido que es viable aplicarla apoyándose en instituciones jurídicas tales como el abuso del derecho y el fraude a la ley.

En Costa Rica se podría valer del artículo 20 de su Código Civil que estipula que: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico; o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y, no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.” para darle

²⁶⁶ ARISTIZÁBAL BORRERO, Laura, JIMÉNEZ VALENCIA, Juan Camilo, Ob., Cit., p, 60.

plena aplicación al levantamiento del velo corporativo.

2.2.4.7.3. Colombia²⁶⁷

Básicamente se entiende la separación de la personalidad jurídica consagrada en el artículo 98 del Código de Comercio como sujeta a la condición de ser correctamente utilizada. El doctor Bernal afirma que es posible usar la teoría del abuso del derecho para llegar al levantamiento del velo. Las dos consagraciones legales más diáfanas de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano están en el artículo 42 de la ley 1258 de 2008 que citamos verbatim:

“Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.”

Y en el artículo 44 de la ley 190 de 1995 como aparece a posteriori:

“Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta.”

²⁶⁷ ARISTIZÁBAL BORRERO, Laura, JIMÉNEZ VALENCIA, Juan Camilo, Ob., Cit., p, 61.

Aun cuando se pueda argüir que ésta última ley, la de anticorrupción es de orden penal, y por ende no modificaría el régimen legal del derecho corporativo colombiano, la Superintendencia de Sociedades ha establecido que: “No quiere dejar pasar este despacho el hecho de que es posible que se haya dado un abuso de la personalidad jurídica, en cuyo caso tiene aplicabilidad el artículo 44 de la Ley 190 de 1995, al permitir en esta clase de sociedades descorrer el velo corporativo, o lo que es lo mismo, el allanamiento de la personalidad jurídica.” Es decir que la Superintendencia de Sociedades entiende esta disposición como general en el ámbito societario colombiano. Por otro lado la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado ha establecido que:

“Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva, el juez puede descartarla para que fracase el resultado contrario al derecho que se persigue, para lo cual ha de romper con el hermetismo que la caracteriza, esto es, con la radical separación entre persona jurídica y sus miembros componentes. Este abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar.”

La Corte Constitucional, por su parte, ha sido más garantista a la hora de aplicar esta institución. En sentencia T 014 de 1999 194 la corte desestimó la separación de personalidades de Concurtidos S.A, desconociendo el artículo 373 del Código de Comercio, y responsabilizando a sus socios

solidariamente por las obligaciones pensionales de la empresa.¹⁹⁵ Aun cuando la sentencia fue anulada por la Corte Constitucional por temas formales, es importante entender el alcance que le está dando el juez constitucional a esta figura. En sentencia SU 1023 de 2001¹⁹⁶ la Corte desestimó la personalidad jurídica de la filial, Flota Mercante Grancolombiana, para alcanzar a la matriz, Fondo Nacional del Café, y responsabilizarla por los pasivos pensionales de la primera.¹⁹⁷ Esta sentencia ha sido ampliamente criticada por cuanto el artículo 148 de la ley 22 de 1995 establece una presunción de hecho, y no una responsabilidad objetiva, y en esa medida era menester aguardar una decisión judicial ex ante de determinar la responsabilidad de la sociedad matriz levantando el velo corporativo. Aun cuando pueda ser discutida esta decisión, es innegable que la Corte Constitucional aplicó en su fallo un ideal de justicia real, y equidad, bastante similar a como se aplica esta figura en el Derecho Común. Finalmente podría creerse que esta visión casi social al aplicar la “equidad” (sin decirlo) a la hora de utilizar el levantamiento del velo corporativo fue un error y ergo, un caso aislado, sin embargo, no fue el único. En sentencia SU 636 de 2003¹⁹⁸ la Corte volvió a realizar el mismo análisis para responsabilizar a Coltejer S.A, Fabricato S.A y Cementos S.A por las mesadas pensionales de Industrial Hullera S.A siempre que el liquidador no cuente con los dineros necesarios para pagar.¹⁹⁹ Es decir que, por lo menos, por ahora, es la tendencia en el derecho colombiano.

2.2.4.7.4. Ecuador ²⁶⁸

En el Ecuador la teoría del levantamiento del velo corporativo ha sido aplicada por los tribunales. Uno de los primeros casos fue el de Diners Club del Ecuador c. Mariscos Chupadores CHUPAMAR S.A, en ese fallo la sala estableció que:

“Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico, llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos.”

Otro fallo de suma importancia es el de Ángel Puma c. Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda. en la que la sala dictaminó que “Cada vez que los individuos que recurren a la forma jurídica corporativa lo hacen apartándose de los fines que tuvo presentes el legislador, la imputación de los derechos, obligaciones y responsabilidades no se debe hacer a la sociedad, sino directamente a los socios, prescindiendo o pasando por alto la personalidad jurídica atribuida.”²⁰¹ Aun cuando no hayan criterios claramente establecidos es posible cotejar ambos

²⁶⁸ ARISTIZÁBAL BORRERO, Laura, JIMÉNEZ VALENCIA, Juan Camilo, Ob., Cit., p, 64.

fallos y determinar que la figura aplica cuando se desvíe el fin para el cual la sociedad fue creada, es decir, cuando se utilice a la sociedad no como un medio para llegar a un fin económico, sino como un escudo. Finalmente, aun cuando dos fallos pudieran parecer escaso material, es evidente como lo ha establecido el doctor Eduardo Carmigniani Valencia que “En el Ecuador existe jurisprudencia obligatoria de casación que acepta la aplicabilidad de la Teoría de la Desestimación.”

2.2.4.7.5. Argentina, Chile y Brasil

En Argentina esta institución está regulada en su Código Civil. La Corte Suprema Argentina incluso ha llegado a establecer el fraude como una *conditio sine qua non* para la aplicación de esta figura. Sin embargo los tribunales argentinos también la han aplicado en temas de unidad económica, por ejemplo cuando una empresa tiene el 99% de las acciones de otra, y en ese caso debe responder la matriz por las deudas de la subsidiaria. Por otro lado, se ha establecido que el individuo que controle a una compañía y que haya actuado inapropiadamente o en contra de los intereses de la compañía debe ser declarado responsable. Finalmente, la Corte Suprema también ha acogido esta institución como un remedio al abuso del derecho. En 1965 un fallo resaltó la importancia de “la forma de la persona jurídica y levantar el velo de la ficción corporativa a efecto de poner en relieve los

finés de los miembros que se cobijan tras la máscara de la persona jurídica.”

Por su parte Chile fue uno de los países pioneros con respecto a avances doctrinales sobre la teoría del levantamiento del velo corporativo. La Corte Suprema de Chile ha ido flexibilizando su posición sobre cuándo y para qué aplicar el levantamiento del velo. En 2002 estableció que dicha figura era útil para sancionar los casos de fraude, mientras que en 2008 estableció que el propósito de la institución era “prevenir de esta manera abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe, que podrían verse sobrepasados si se diera una interpretación puramente formalista a la ley.” Finalmente en el año 2010 la Corte de Apelaciones de Santiago terminó de ensanchar el espectro de aplicación del levantamiento del velo estableciendo que “es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente.”

En Brasil esta teoría está normativizada y su aplicación ha girado en torno a los conceptos de abuso del derecho y fraude a la ley.²⁶⁹

²⁶⁹ ARISTIZÁBAL BORRERO, Laura, JIMÉNEZ VALENCIA, Juan Camilo, Ob., Cit., p. 65.

CAPÍTULO III

3.1. Análisis de la Encuesta Realizada sobre la Praxis de la Doctrina Del Levantamiento del velo Societario en algunos juzgados de la Provincia de Chiclayo

Como hemos hecho hincapié en el Capítulo I de la presente tesis, la doctrina nacional afirma que la doctrina del levantamiento del velo solo debe aplicarse en forma excepcional, y no regularse en nuestro ordenamiento jurídico, debido al peligro que esto conlleva con la seguridad jurídica; además sería asumir el costo social, en razón de que supuestamente la solución a este problema es compleja y a su entender traería graves distorsiones en el sistema jurídico y la economía.

Sin embargo, no podemos negar que urgen cambios en nuestra norma legal para detener situaciones jurídicas adversas que son relevantes para el derecho, que vulneran principios como la buena fe, que ponen en tela de juicio la autonomía patrimonial que poseen las personas jurídicas con responsabilidad limitada (sociedades anónimas) respecto a los socios que la conforman.

Expresamos a sabiendas que las encuestas no hacen falta para sacar una conclusión cuando basta con mirar y escuchar noticias desalentadoras respecto al tema tratado e incluso conocer casos que les ha sucedido a personas cercanas a nosotros (amigos o familiares).

En vista de no contar con tablas o índices de figuras que reflejen la realidad del tema estudiado, optamos por la presente encuesta. Lo que pretendemos decir con esta muestra es considerar la posibilidad de una modificación a nuestro ordenamiento jurídico en su artículo 78° del Código Civil, como se ha dicho es una muestra aunque pequeña, nos indica de forma sucinta la necesidad antes mencionada no solo en nuestro Código Civil sino también en otras ramas del derecho, tratados en la investigación en el capítulo II, en el ítem velo societario (2.2.4.3.7).

Vamos a observar a continuación las encuestas en la que se demuestra la pretensión antes dicha.

ENCUESTA N° 01

El juez Dr. Sandro Aguilar del octavo Juzgado Civil Comercial del Poder Judicial, del departamento de Lambayeque, provincia de Chiclayo, afirmo:

Que si bien es cierto que su despacho es el especializado referente a las personas jurídicas, durante el tiempo que esta como responsable de dicho juzgado, ocho años aproximadamente, no se le ha presentado la oportunidad de aplicar la teoría del levantamiento del velo societario, la razón es porque no se han configurado tales casos, así como también ninguno de las partes litigantes del proceso judicial, se lo han solicitado, ni siquiera como medida cautelar; además se pronunció expresando que para solucionar las controversias suscitadas entre las partes del proceso, toma en cuenta las normas estipuladas en las resoluciones administrativas, así como las referidas en la Ley General de Sociedades para dar solución al conflicto, y lo mismo es, para todos aquellos casos que se deriven de la misma.

ENCUESTA N° 02

El juez del primer Juzgado Especializado Civil del Poder Judicial del departamento de Lambayeque, provincia de Chiclayo, no lo nombramos por que no quiso que su nombre sea revelado, con un año diez meses de permanencia en dicho juzgado, dijo lo siguiente:

Que no ha tenido la oportunidad de aplicar dicha doctrina, al no presentarse casos, ya que mayormente los casos que observa y resuelve son de índole civil: responsabilidad contractual, otorgando una indemnización a la parte perjudicada por la inejecución del contrato o cuando se presenta o se configura el otorgamiento de una indemnización por responsabilidad en una relación jurídica extracontractual, estos son los casos que generalmente resuelve, pues los casos en concreto referentes a la persona jurídica le corresponde a otro juzgado especializado (octavo juzgado comercial), que se encuentra en la misma sede, pisos arriba. El entrevistado dio a entender que

se rige por las normas del Código Civil, respecto a los temas en lo civil, que se presentan en su despacho.

ENCUESTA N° 03

De igual manera, el tercer entrevistado, el cual tampoco revelamos su nombre, el juez del cuarto juzgado civil de la misma sede institucional del poder judicial, con veinte años de permanencia en dicho juzgado, afirmo también:

Que no ha tenido la oportunidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo, pues él resuelve casos concernientes a lo civil estrictamente, y que, además existen normas societarias, penales y concursales a las que se puede concurrir en el caso de que se presentan hechos jurídicos de manera ilegal, fraudulento, et. de las empresas, dando por descontado la aplicación de dicha doctrina estudiada.

A modo de conclusión podemos decir, que los referidos jueces de nuestro poder judicial a los cuales hemos entrevistado, se rigen por nuestras normas formales que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del principio de legalidad, con la finalidad de otorgar solución a las controversias suscitadas entre las partes litigantes, y nos dio la impresión que no tienen un conocimiento fehaciente del tema tratado, pues se encasillan en los temas jurídicos que la praxis le ha mostrado a lo largo de los años, pero esto no quiere decir, que en algunos casos se haya presentado situaciones en donde se puede haber aplicado correctamente la doctrina del levantamiento del velo societario, sobre todo en el juzgado del juez natural del tema del presente trabajo.

Lo que nos lleva a afirmar que, en nuestro medio, no existe un desarrollo jurisprudencial sobre este delicado tema, manteniéndose los jueces fieles a la tradición, pensando más en la seguridad jurídica, aún a costas de resolver injustamente una situación determinada, cuando podrían acercarse a la verdad y a lo justo descorriendo el velo de la persona jurídica, en nuestro

Derecho, lo que prima es la norma escrita, la cual tiene un valor fundamental y en el que rige por lo tanto el Derecho normado.

Lo que nos da hincapié en expresar, la necesidad urgente de una adecuada preparación y adiestramiento, en el nivel institucional de jueces respecto a la doctrina del levantamiento del velo societario, y todo lo concerniente al derecho societario con el objeto de obtener una idónea aplicación de la norma y por ende una correcta motivación en sus resoluciones judiciales.

3.2. Análisis del Contexto Problemático

En la actualidad subsiste la preocupación jurídica, en razón de la poca tentativa de regulación e inclusión de dicha institución jurídica anteriormente estudiada en nuestro ordenamiento legal. El problema subsiste debido a la realización hechos que son relevantes para el Derecho, en torno a la persona jurídica (sociedad anónima), en virtud de la prerrogativa otorgada por el legislador, cuya potestad permite a los socios poder realizar actos ilícitos en nombre de la misma, pues existe una responsabilidad limitada entre ambos; creando una zozobra en quien es responsable por los actos cometidos. Esta condición nos lleva a formularnos las siguientes interrogantes: la primera de ellas sería ¿la persona jurídica nació como un fin lícito o nació como un medio para realizar un fin ilícito?

Si la respuesta a esta pregunta es que la sociedad colectiva nació como un medio para realizar un fin ilícito, nos preguntamos ¿Quién es responsable de ese acto ilícito, sólo la persona jurídica o también aquellos que la crearon precisamente para realizar ese ilícito?

Entonces es ahí que interviene la teoría del levantamiento del velo societario, cuya finalidad es autorizar la penetración en el núcleo de la personalidad de la sociedad, con el objetivo de encontrar a los socios comprometidos por los actos ilícitos cometidos mediante el uso indebido de la misma.

Estas situaciones ilícitas se presentan en las dos instituciones más representativas que tienen que ver con el tema en mención; es decir, en el derecho societario y en el derecho Civil, en la primera puede ocurrir cuando se han creado sociedades para perjudicar a terceros con manejos fraudulentos en sociedades plurilaterales, como el caso suscitado entre TSG Perú S.A.C., (Technology Service Group) contra Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. citado en el presente trabajo (2.2.4.3.7.4- ámbito arbitral); referente a la segunda podemos observar por ejemplo en un matrimonio (sociedad de gananciales); cuando uno de los cónyuges ve burlados sus derechos, al transferirse el bien aportado a la sociedad, sin su consentimiento y participación. Es evidente que el cónyuge que está actuando dolosamente, se está escondiendo detrás de la formalidad de la persona jurídica, para lograr sus objetivos que, de otra manera, como persona natural, no lo podría lograr, ya que la ley establece la necesaria participación y consentimiento de los dos cónyuges para la transferencia de un bien de la sociedad conyugal.

La doctrina del levantamiento del velo, es un tema bastante discutible que aún no se encuentra regulada formalmente en nuestro país, por lo cual no hay una solución clara al respecto, existen ideas doctrinales de aplicar la teoría estudiada de forma excepcional cuando se cumplan ciertos supuestos (Dominio de la sociedad por otra persona, física o jurídica sea o no socia, debe producirse un perjuicio a terceros o un fraude a la ley por último se debe respetar en todo caso el llamado “principio de subsidiariedad”), (Guerra Cerrón Jesús María, Hundskopf Exebio Oswaldo, Echaiz Moreno Daniel entre otros), porque se atentaría contra la seguridad jurídica, además sería asumir el costo social, en razón de que supuestamente la solución a este problema es compleja y a su entender traería graves distorsiones en el sistema jurídico y la economía.

Es pertinente traer a colación lo dicho por Carmen Boldó y hacemos nuestra estas palabras: Precisamente la falta de normas legales trae como consecuencia la existencia de un amplio abanico de situaciones en las que los

tribunales están “levantando el velo” de la persona jurídica. Con ello, “nuestros órganos jurisdiccionales se valen de dicha técnica para llegar a soluciones ajustadas a Derecho, desde el punto de vista de la justicia material, aunque para ello ceda la idea de seguridad jurídica.

La consecuencia inmediata es que lo que se ha concebido como una técnica excepcional se está convirtiendo en un expediente genérico con el que se hace frente a numerosas formas de abuso de la personalidad jurídica.

Aunque existen otras figuras civiles en nuestro ordenamiento jurídico, como el abuso del derecho (Artículo II del Título preliminar del Código Civil peruano) o fraude a la ley, para solucionar las controversias suscitadas entre las partes, figuras que a nuestro entender no cumplen con su cometido, como si lo hace la doctrina del levantamiento del velo

Expresamos que la regulación de dicha doctrina en cuestión, favorecería tremendamente en la celeridad del proceso suscitado entre las partes litigantes, pues daría una pronta solución favorable a la parte perjudicada si así fuera el caso, sabemos que justicia que se demora no es justicia.

En nuestro medio, no existe un desarrollo jurisprudencial sobre este delicado tema, manteniéndose los jueces fieles a la tradición, pensando más en la seguridad jurídica, aún a costas de resolver injustamente una situación determinada, cuando podrían acercarse a la verdad y a lo justo descorriendo el velo de la persona jurídica. En el Derecho comparado como hemos visto, se considera justo y necesario, en determinados casos, que se prescinda de la formalidad jurídica; descorrer el velo de la personalidad jurídica, a fin de detectar y responsabilizar a las personas que actúan realmente.

Esta confusión se origina porque dicha doctrina nos plantea el conflicto suscitado entre la justicia y la seguridad jurídica, lo cual nos lleva a la siguiente formulación ¿Es posible promulgar el levantamiento del velo societario de la persona jurídica, sin que se perjudique o se vulnere la seguridad jurídica en pro de la justicia en el marco jurídico de nuestro ordenamiento normativo? Pensamos que si es posible la promulgación

normativa de la citada doctrina, tal como nos hace entender Mónica Domínguez Martín en su libro “Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España” citada en el presente trabajo, con la finalidad de evitar que a través de esta forma legal (persona jurídica) se puedan perjudicar intereses privados o públicos, de esta manera habrá una equidad entre las partes y no sólo se reforzaría la seguridad jurídica sino también que su efecto sería el de fortalecerla y desvirtuar que sea usada como excusa para cuestionar el concepto de persona jurídica.

Por lo tanto, nuestra intención final es exponer la forma como se puede, más que castigar, prevenir los actos ilícitos realizados a través de la persona jurídica (sociedad anónima) contraviniendo nuestro ordenamiento en perjuicio de terceros, y por ende garantice el buen comportamiento de las empresas frente a los terceros, de tal manera que garantice la igualdad, equidad (justicia) y seguridad jurídica, que son las fuentes de las relaciones de una sociedad en un Estado social de Derecho como es el nuestro.

Es menester citar que dicha figura jurídica ya se encuentra regulada en otras legislaciones vecinas, como las estudiadas en el presente trabajo.

3.3. La reforma de la Ley del Código Civil y la Doctrina del Levantamiento del Velo - una Visión Crítica

Lamentablemente ni la legislación, ni la praxis comercial societaria han demostrado la eficiencia o han permitido la tutela de los derechos de los terceros cuando son perjudicados por los actos realizados de los representantes o socios que conforman la persona jurídica a través de la misma. Esta inoperancia observada, impulsa precisamente al estudio de la propuesta de la reforma de nuestro Código Civil, en su artículo 78° referente a la prerrogativa de la persona jurídica, así como la necesidad de la regulación y no solo la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en otras ramas del derecho (Tributario, registral, y otros).

Nadie duda de la importancia de la persona jurídica, así como los beneficios

que le otorga la ley en el derecho patrimonial, pues a través de ésta los socios, sin poner en riesgo su patrimonio, concentran un capital que permitirá el logro de un objetivo social.

Sin embargo este beneficio legal, ha permitido, se cometan actos ilícitos hacia la persona jurídica y se vuelven palpables, y queda al descubierto el artificio de la sociedad anónima y salir a la luz la interrogante sobre su justicia: ¿cómo se justifica que quienes no se exponen a ningún riesgo especial, ni buscan el beneficio de todos los accionistas, quienes sólo persiguen enriquecerse a costa ajena reciban gratuitamente la ventaja de que su patrimonio quede exento de responsabilidad? Y si no es la pluralidad de los accionistas quien dirige la sociedad ¿cómo se explica que se otorgue una facultad que puede caer en una irresponsabilidad por actos propios de quien es el verdadero dueño de la sociedad?

No nos cabe duda que esa prerrogativa otorgada a las personas jurídicas ha coadyuvado al desarrollo de nuestro país en el ámbito económico y social. El Perú históricamente ha pasado por diferentes etapas, y que ha permitido tomar decisiones políticas en bien de la economía del país, como la Ley Marco (1992), para incentivar la inversión privada, bajo los principios de libre competencia, libre iniciativa e igualdad de derechos para inversionistas nacionales y extranjeros. En este contexto, como lo señala Ugarte, la reforma de la economía fue el hilo conductor que marcó las prioridades de las reformas parciales que se dieron en el Estado, y no una reforma planificada de la administración pública. Por ello, se diseñaron durante los años noventa procesos aislados de reforma en entidades consideradas claves para la reforma de la economía, con el objetivo final de promover la competitividad, aumentar la recaudación y mejorar la eficiencia del gasto público. Tal como lo indica, Roberto Abusada y Antonio Cusato en su obra: "Instituto Peruano de Economía: crecimiento e instituciones en el Perú 1970-2006 citado en el segundo capítulo, además de proteger constitucionalmente derechos fundamentales de la persona como la libertad de empresa que consiste en la posibilidad de crear personas jurídicas dedicadas a actividades lucrativas, en las distintas formas que ellas asuman.

A nuestro entender, estas prerrogativas otorgadas por el gobierno de turno a lo largo de los años, ha permitido que la sociedad anónima (figura más representativa de la persona jurídica) fuera y sea el mejor mecanismo del capitalismo y de la economía de un país. Uno de los puntos que los defensores de la no regulación de la doctrina estudiada toman en cuenta, para fundamentar su posición, pero vemos a personas, como los financieros, que con facilidad consiguen el control de las mayorías de las acciones de dichas sociedades. Después mediante el uso y abuso de un mayor poder económico y con la agrupación de estas sociedades se consigue el dominio efectivo de la vida económica del país. De esta forma, por vías legales, el poder económico de un país queda en manos de algunas personas.

Es de este modo que la sociedad anónima, además de permitir mantener un patrimonio exento de responsabilidad, ha hecho posible el nacimiento de centros de poder, que con cambios naturales que ocurre en toda sociedad ha permitido que estas personas se conviertan en una clase dominante de tal forma que amparan su poder en una serie de privilegios jurídicos. La particularidad que ahora interesa señalar es que los privilegios de que gozan algunas personas son indirectos y que algunos de los más importantes los consiguen a través de la sociedad anónima; de modo que de hecho por el mecanismo de la ley. Pero lo importante, es que el mecanismo de la sociedad anónima significa, para quienes lo manejan, no solo la entrega gratis de un seguro de limitación de riesgos y jugar con dinero ajeno sin riesgo de perder, sino de gozar de un fuero exento; el anonimato le hace libre de responsabilidad civil y penal, de la quiebra y de la cárcel, que pesan y amenazan a los demás ciudadanos: al industrial o comerciante individual y al socio colectivo.

Además estas sociedades anónimas facilitan el medio para que el capital siga sin tener patria. Los esfuerzos legislativos para impedir la emigración de dinero se revelan impotentes frente a los expedientes de los hombres de negocios. Las fronteras no evitan el cambio del poder de control sobre una compañía que, al formar parte o depender de otra superpuesta extranjera, deja de estar sometida a las leyes nacionales. Estos y otros privilegios, han

determinado una desigualdad jurídica y económica que resultará en la multiplicación a favor de determinadas personas.

3.4.¿Es viable la regulación de la Teoría del Levantamiento del Velo Societario en el Perú?: nuestra posición:

En nuestro contexto constitucional, legal y en una economía social de mercado se promueve el desarrollo del país, siendo el rol del Estado el de estimular la creación de la riqueza, garantizar la libertad de trabajo y libertad de empresa, comercio e industria. Expresamente, en el artículo 59º de la Constitución Política del Perú se establece que el “ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”, configurándose así un límite a la libertad, que entre otros, es la moral. En un pluralismo económico, el Estado reconoce la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa, también se reconoce el derecho a contratar, siempre que no se contravengan leyes de orden público (artículo 2, inciso 14); se consagra también la autonomía de la voluntad de las partes a través de las libertades de contratar y contractual. A modo de conclusión podemos decir, que la estabilidad del orden contractual debe tener su relativa estabilidad en la realidad social y económica. De ahí que si las circunstancias cambian, parece razonable la injerencia de la ley para imponer modificaciones de carácter general en las estipulaciones de los contratos, con el propósito de salvaguardar el principio de justicia.

Estos cambios se deben dar, debido a la vista de las innumerables situaciones ilícitas, que se presentan en los negocios jurídicos entre las personas naturales o jurídicas por seres con hambre de poder o económico que conforman y dirigen una sociedad anónima, el derecho no puede cerrar los ojos a una realidad que se toca objetivamente, por ende si se busca una sociedad donde prima el bienestar social de aquellos que la conforman, basado en unos principios regidos por los valores como la lealtad, la justicia, el orden público y otros, el juez no puede estar indiferente; en consecuencia, somos de la posición que sí se puede admitir y aceptar una normativa que

regule los actos antes mencionados por tales personas, que permita a los funcionarios públicos del poder judicial (jueces, magistrados, etc.), aplicar pertinentemente la institución del levantamiento del velo, con la finalidad de evitar dichos actos abusivos o que estos actos disminuyan, basándonos en la realidad, es una mala praxis que se está proliferando cada día más.

Es indudable que el juez tiene la prerrogativa de ajustarse a ley en miras del principio de legalidad, para ejercer su funciones jurisdiccionales, pues hay puntos defendidos respecto al hermetismo de la persona jurídica por los mercantilistas, de la misma manera también habrá una regla normativa que le indique al funcionario público (juez), que está obrando en virtud de la obediencia al orden jurídico positivo en su más perfecto cumplimiento.

Precisamos que cuando defendemos la promulgación de una norma, en esta oportunidad, la teoría del levantamiento del velo societario, no es nuestra intención perjudicar a las personas jurídicas, pues ésta más bien saldrá muy bien librada y fortalecida, los efectos permitirán la sanción de la falta cometida, sin destruir aquellos privilegios de la personalidad para otros actos en el presente y el futuro. Así se salva la estructura legal creada, pero no se admiten actos contrarios a ley mediante el uso abusivo de ella.

3.5. Propuesta que Desarrolla la Hipótesis

Ante los acontecimientos innegables que se manifiestan en la actualidad, es necesario admitir que la persona jurídica (sociedad anónima) debe servir a fines más altos que el egoísmo de los hombres que la controlan y que estos fines sean los de la economía, los de la comunidad nacional o de los de la empresa como unidad (capitalistas, técnicos y productores).

Tal como existe la sociedad anónima no se justifica, por lo contrario, postula a una reforma radical la implantación de una regulación sobre principios completamente distintos y hasta contrarios de los aceptados todavía hoy por la generalidad de la doctrina.

El interés práctico y general que ofrece la cuestión de la naturaleza jurídica de la Persona jurídica (sociedad anónima), parece indudable su importancia desde el punto de vista de la justicia. Esto se observa en el ejemplo más clásico donde se planteó la posibilidad de aplicar el levantamiento del velo societario, fue el famoso caso Salomón v. Salomón & Co. Ltd.²⁷⁰ acontecido en el Reino Unido e Irlanda del Norte (1897).

Desde la perspectiva de la justicia sería inadmisibles que se consienta la irresponsabilidad de quien arriesga bienes ajenos ¿en provecho propio, que se pudiera así arruinar a los demás por actos imprudentes, dolosos y sin peligro de la propia ruina, que en fin, se permitiese el progresivo enriquecimiento de los hábiles utilizando el mecanismo de la quiebra de sus empresas de responsabilidad limitada. El sistema de la falsa sociedad anónima (con pluralidad de socios en el papel) tiene al menos, el pudor de ocultarse mediante la simulación; la empresa de responsabilidad limitada vendría descaradamente a legalizar el fraude (en muchos casos, escapando a la justa sanción penal).

Creemos que es preciso prescindir del artificio abstracto de la persona jurídica en defensa de la justicia, de modo que se promueva este principio, pues ésta es el camino a la vida, razón por lo cual es necesario que exista una Ley que prevenga o castigue estos actos realizados mediante la persona jurídica como ocurre en otros países vecinos. Sobre este punto es importante señalar que el anteproyecto del Código civil peruano ha dado un paso importante introduciendo un párrafo al artículo 78^{o271}. Siendo esta denegada por la

²⁷⁰ Míster Salomón vendió su negocio a una compañía de responsabilidad limitada, con un capital nominal de 40,000 acciones de una libra cada una, estando formada la compañía (Salomón Co.) por el vendedor (Mr. Salomón), su mujer, una hija y cuatro hijos, cada uno de los que suscribió una acción. Después se emitieron nuevas acciones (20,000) en favor de Mr. Salomón y también obligaciones especialmente garantizadas. Llegan malos negocios la compañía se liquida y Mr. Salomón reclama todo el activo de la compañía como acreedor privilegiado, no dejando nada para los demás, los verdaderos acreedores. Ante esta situación el sentido de justicia se inclinará a considerar que el artificio de la sociedad no otorga la inmunidad para realizar tal género de maniobras; en cambio, la doctrina mercantilista dominante de la personalidad abstracta hará que Mr. Salomón logre su propósito.

²⁷¹ Artículo 78° Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad.

3.-Si se realizaran actos abusivos o fraudulentos a través de la persona jurídica a solicitud de parte legitimada el juez podrá desestimar su calidad de sujeto de derecho o disponer que no se apliquen los beneficios derivados de tales actos, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes la hayan utilizado abusiva o fraudulentamente.

comisión revisora, tratada en el punto (2.1-D- segundo capítulo), en consecuencia, en el Perú actualmente ningún cuerpo normativo contempla en sus artículos la posibilidad directa y expresa de aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario o desconocimiento de la persona jurídica, en consecuencia se propone el siguiente proyecto de ley²⁷², en el libro I del Código Civil, sobre Derecho de las personas, título I acerca de la diferencia entre la persona jurídica y sus miembros, artículo 78°, a efecto de que se promulgue la norma respecto al levantamiento del velo societario de la persona jurídica, conforme a la propuesta legislativa materia de la presente investigación, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 78°.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

Artículo 78°- A.- El juez podrá prescindir de la personalidad de la sociedad en cuanto ella sea utilizada de forma ilícita violando el orden público o con fraude y perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros, también será efectivizada cuando haya quiebra, estado de insolvencia, cierre o inactividad de la persona jurídica provocados por mala administración. En consecuencia se deberá probar contundentemente la efectiva utilización de la persona jurídica como instrumento legal para alcanzar los fines expresados

²⁷² Véase el anexo N° 01

CONCLUSIONES

1. La persona jurídica posee autonomía patrimonial en relación a los miembros que la conforman, de tal manera que quien contrata con una persona jurídica no está contratando con los miembros que la integran, sino con el sujeto de derecho creados por éstos, razón por lo cual ésta prerrogativa normativa debe ser controlada efectivamente y fiscalizada a través de una norma legal (levantamiento del velo societario), esta técnica permite el correcto funcionamiento del derecho de sociedades, permitiendo mantener los principios fundamentales del derecho societario y evitando los posibles abusos que a su amparo se pudieran cometer.
2. Es innegable que la persona jurídica es un ente importante porque coadyuva al desarrollo empresarial, económico y político social del país, al agilizar o dinamizar las relaciones jurídicas comerciales entre grupos de personas (naturales o jurídicas), en virtud de las facultades que la ley le confiere, por lo cual, la misma debe ser analizada en todo su contexto, con el objeto de que los actos que han conllevado la instrumentación de la misma sea con criterio de buena fe y justicia, para evitar que se utilice de forma indebida vulnerando el ordenamiento jurídico.
3. En el Perú observamos doctrinalmente, una posición que defiende la aplicación del levantamiento del velo societario como excepción para evitar el quiebre de la seguridad jurídica. Por lo contrario, afirmamos que la aplicación de dicha doctrina formalmente regulada, permitirá la sanción de la falta cometida, sin destruir aquellos elementos de la personalidad para otros actos en el presente y el futuro. Así se salva la estructura legal creada, pero no se admiten actos contrarios a ley mediante el uso abusivo de ella.
4. La inoponibilidad o desconocimiento de la persona jurídica no constituye una consecuencia propia del fraude a la ley o abuso del derecho, sino más bien de la doctrina del levantamiento del velo societario. Esta doctrina ha sido acogida en otras legislaciones internacionales, demostrando su eficacia e idoneidad, por lo que se hace imprescindible que nuestra normatividad civil la acoja;

aludiendo la importancia que reviste, negándosele por más tiempo su adecuada reglamentación legal.

5. El Perú a lo largo de su vida política, económica y social, ha otorgado prerrogativas constitucionales que han ayudado al desarrollo del país, pero en algunos casos dichas facultades otorgadas respecto a la libertad económica y de empresa, han permitido a las personas abusar de aquellas.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los señores legisladores percatarse del interés práctico y general que ofrece la persona jurídica como tal (sociedad anónima), teniendo en cuenta los actos que puedan realizarse a través de ella; parece indudable su importancia desde el punto de vista de la justicia, la cual es connatural a la existencia humana, pues el Derecho como ciencia debe ser dinámico y adaptarse a las variables socio –culturales.
2. Asimismo se recomienda a la institución del Poder Judicial, la necesidad urgente de una adecuada preparación y adiestramiento, es necesario el nivel institucional de jueces bien informados respecto a la doctrina del levantamiento del velo societario, y todo lo concerniente al derecho societario con el objeto de obtener una idónea aplicación de la norma y por ende una correcta motivación en sus resoluciones judiciales.
3. Finalmente, proponemos a los señores legisladores de nuestro país, la **reforma del libro I del Código Civil, sobre Derecho de las personas, título I acerca de la diferencia entre la persona jurídica y sus miembros, artículo 78°,** a efecto de que se promulgue la norma respecto al levantamiento del velo societario de la persona jurídica, conforme a la propuesta legislativa materia de la presente investigación, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 78°.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

Artículo 78°- A.- El juez podrá prescindir de la personalidad de la sociedad en cuanto ella sea utilizada de forma ilícita violando el orden público o con fraude y perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros, también será efectivizada cuando haya quiebra, estado de insolvencia, cierre o inactividad de la persona jurídica provocados por mala administración. En consecuencia se deberá probar contundentemente la efectiva utilización de la persona jurídica como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GRIEDER, Hilda, (2001), *“La Extensión de la Cláusula Arbitral a los Componentes de un Grupo de Sociedades en el Arbitraje Comercial Internacional”*, Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.
- ALEJANDRO RAMOS, Néstor, (2011), *“La Filosofía de Miguel Reales”*, Mar de Plata, Universidad FASTA.
- ANZOLA GIL, Marcela y otros, (2010), *“Levantamiento del Velo Corporativo: panorama y perspectivas, El caso colombiano”*, Rosario, Universidad del Rosario.
- APARISI MIRALLES, Ángela, (1997), *“El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el derecho”*, Valencia, Editorial Tirant Blanch.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTIN, Adán, (2006), *“Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo: eurodelitos de corrupción y fraude”*, Cuenca, Universidad de Castilla- La Mancha.
- BAZÁN, Blanca T., (2006), *“Lecciones de Derecho Comercial”*, Córdoba, Editorial Alveroni.
- BERNAL FANDIÑO, Mariana, (2013), *“El Deber de Coherencia en el Derecho Colombiano de los contratos”*, Bogotá, Editorial Javeriana.
- BOLÁS ALFONSO, Juan, (1992), *“La Sociedad de Responsabilidad Limitada”*, Buenos Aires, Editorial Civitas.
- BOLDÓ RODA, Carmen, (1993), *“El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles”*, Editorial Tecnos, Madrid.
- BOLDÓ RODA, Carmen, (2000), *“Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español”*, Editorial Aranzadi, Navarra.

- BONILLA SÁNCHEZ, Juan, (2010), *“Personas y Derechos de la Personalidad”*, Sevilla, Editorial Reus S. A.
- BRAVO ARTEAGA, Juan, (2008), *“Derecho Tributario: escritos y reflexiones”*, Bogotá, Universidad del Rosario.
- CAFFERATTA, Néstor A., (2003), *“Introducción en el Derecho Ambiental”*, Buenos aires, Editorial pnuma.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, (2005), *“La Persona Jurídica en el Derecho Contemporáneo: teoría y práctica”*, Lima, editorial Jurista.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, (2005), *“La Utilización Fraudulenta de la Persona Jurídica”*, Lima, editorial Jurista.
- CASTILLO BLANCO, Federico, (2007), *“La Interpretación y Aplicación del Ordenamiento Jurídico Público: especial referencia al abuso del derecho”*. Madrid, Editorial INAP.
- CONDE MARÍN, Emilia, (2007), *“La Buena Fe en el Contrato de Trabajo: Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo”*, Madrid, Editorial La ley.
- DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMANA, Javier, BULLARD GONZALES, Alfredo, Luis y otros, (2004), *“Homenaje a Jorge Avendaño”*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, (1991), *“La Persona Jurídica”*, España, editorial Civitas.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, (2006), *“Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España”*, Madrid, Editorial La Ley.
- ECHAÍZ MORENO, Daniel, (2005), *“¿Disolver o no disolver? He ahí el dilema”*, en Legal Express, N° 53, Lima.

- ELCHEVERRY, Raúl Aníbal, (1989), *“Derecho Comercial y Económico: formas jurídicas de la organización de la empresa”*, Argentina, Editorial Astrea.
- ELÍAS LAROZA, Enrique, *“El objeto social, los alcances de la representación y los actos ultra vires en la nueva Ley General de Sociedades”*, en *Derecho & Sociedad*, N° 13, Lima, 1998.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, (2000), *“Derecho de las Personas”*, 3° edición, Lima, Editorial Huallaga.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, (2005), *“Los Principios Generales contenidos en el Código Civil Peruano de 1984”*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, (2008), *“Derecho de las Personas”*, Perú, editorial RHODAS.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, (1992), *“La Sociedad Comanditaria por Acciones. En comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles”*, Tomo XIII, Madrid, Editorial Civitas.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, (1992), *“Abuso del Derecho”*, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- FLINT BLANCK, Pinkas, (1999), *“Grupos de Poder y Derecho en el Perú: el caso de las industrias harineras y oleaginosas”*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FLINT BLANCK, Pinkas, (2002), *“Tratado de Defensa de la Libre Competencia: estudio exegético del D. L. 701 Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia”*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- GALGANO, Francesco, (1999), *“Derecho comercial”*, Volumen II, Editorial Temis, Santa fe de Bogotá.
- GARRIGUES, Joaquín, (1987), *“Curso de Derecho Mercantil”*, 7° edición, Tomo II, Bogotá, Editorial Temis.

- GARRONE, José Alberto, (2003), "*Derecho Comercial*", Argentina, Editorial Abeledo Perrot.
- GILBERTO VILLEGAS, Carlos, (1995), "*Tratado de las Sociedades*", Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GIL DEL CAMPO, Miguel y otros, (2007), "*La Nueva Ley de Prevención del Fraude*". Valencia, Editorial CISS.
- GUZMÁN NAPURI, Christian, (2009), "*Introducción al Derecho Público Económico*", Lima, Editorial Caballero Bustamante.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, (2000), "*Derecho Comercial*". *Temas Societarios*, t. III, universidad de Lima, Lima.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, (2009), "*Manual de Derecho Societario*", Lima, Editorial Grijley.
- IGNACIO GRUESO, Delfín, (2005), "*Jhon Rawls: Legado de un Pensamiento*", Cali, Universidad del valle.
- IVARS BAÑULS, José y ROMERO SAURA, Fernando, (coord.), (2006), "*Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*", Madrid, Editorial Grefol.
- KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, (2004), "*La libertad de Empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado* en Libro Homenaje a Jorge Avendaño", fondo editorial PUCP.
- KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, (2010), "*El principio de Subsidiariedad en Materia Económica: análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*", Editorial Palestra, Lima.
- LARGO TABORDA, Adriana, (2012), "*Tensión Entre Autonomía y Buena Fe en la Contratación Privada Contemporánea*", Bogotá, Universidad de Antioquia.
- LEÓN MONTALBÁN, Andrés, (1964), "*Derecho Comercial Peruano*", Lima.

- LÍVIO GOMES, Marcus, (2011), *“Instrumentos para la Unificación de Criterios Administrativos en Materia Tributaria”*, Barcelona, Editorial Atelier.
- LUQUE MATEO, Miguel, HINOJOSA TORRALVO, Juan, (2012), *“La Lucha Contra el Fraude Fiscal: procedimientos y medidas administrativas y penales”*, Málaga, Editorial Almería.
- MARÍN CASTÁN, Francisco, (2007), *“Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”*, Madrid, Editorial La Ley.
- MESSINEO, Francesco, (1997), *“Manual de Derecho Civil y Comercial”*, Editorial Jurídicas Europa- América.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises, (1998), *“Derecho Comercial”*, 9º edición, tomo I, Lima, Editorial Grijley.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises, (2004-2006), *“Derecho Comercial”*, Editorial Grijley, Lima.
- MORALES GODO, Juan, (2009), *“El Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica”, en instituciones del derecho civil*, Lima, Editorial Palestra.
- OCHOA CARDICH, César, (2011), *“Jurisprudencia Constitucional Económica”*, Lima, Editorial Caballero Bustamante.
- OTERO PARGA, Milagros, (1999), *“Valores Constitucionales: introducción a la filosofía del Derecho: axiología jurídica”*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela.
- OTONÍN BARRERA, Fernando, (2005), *“La Ordenación de los Establecimientos Comerciales: especial referencia a las licencias comerciales”*, Madrid, Editorial La ley.
- PAREJO GAMIR, José, BLANCH NOUGUÉS, Juan y otros, (2007), *“Estudios en Homenaje al profesor Pérez de Ayala”*, Madrid, Editorial Dykinson.

- PAZ YANASTACIO, Francisco, (2006), *“Las Economías de Opción como Instrumentos de Control de Riesgo Fiscal”*, Venezuela, Editorial Torino.
- PEÑA MOLINA, Blanca, (2003), *“¿Igualdad o Diferencia?”* México D. F., Editorial Plaza y Valdés.
- PERE J, Brachfield, (2010), *“La Nueva Legislación Contra la Morosidad Descodificada: Reclamación de deudas y gestión de impagados”*. Barcelona, Editorial profit.
- PÉREZ ARIAS, Jacinto, (2014), *“Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas”*, Madrid, Editorial Dykinson.
- PÉREZ LUÑO Antonio, (2007), *“Dimensiones de la Igualdad”*, Madrid, Editorial Dykinson.
- QUEVEDO CORONADO, Ignacio, (2004), *“Derecho Mercantil”*, México, Editorial Pearson Educación.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel, (2009), *“Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas”*, Bogotá D. C., Universidad del Rosario.
- RECASÉNS SICHES, Luis, (1982), *“Equidad”*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Buenos Aires, T. X.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, (2008), *“Los Principios Generales del Derecho”*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela.
- ROMERO GARCÍA, Felipe, (2005), *“El Valor Sistema Tributario: acerca de su integración entre los principios de la imposición”*, Andalucía, Universidad de Cádiz.
- ROSASCO DULANTO, Virginia, (1996), *“Evolución del Derecho Marcario Peruano (1985-1994)”*, Lima, Universidad Pontificia Católica del Perú.

- RUBIO CORREA, Marcial, (2006), *“El Estado Peruano Según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, Lima, Pontificia, Universidad Católica del Perú.
- RUJANA QUINTERO, Miguel, (2003), *“Teoría Jurídica: reflexiones críticas”*, Bogotá, Universidad libre.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, María, (2000), *“Banca Pública y Mercado: implicaciones jurídicas –públicas de la paridad de trato”*, Madrid, Ministerio de administraciones públicas.
- SALVAT, Pablo, (2002), *“El Porvenir de la Equidad: aportaciones para un giro ético en la filosofía política contemporánea”*, Santiago, Editorial LOM.
- SÁNCHEZ TERÁN HERNÁNDEZ Juan, (2007), *“Los Criterios de Graduación de las Sanciones Administrativas en el Orden Social”*. Valladolid, Editorial Lex Nova.
- SCHMIDT, Karsten, (1997), *“Derecho Comercial”*, Argentina, Editorial Astrea.
- SELMA PENALVA, Alejandra, (2007), *“Los Límites del Contrato de Trabajo en la Jurisprudencia Española”*, Murcia, Editorial Editum.
- SEOANE, Mario, (2005), *“Personas Jurídicas: principios generales y su regulación en la legislación peruana”*. Lima, Editorial Grijley.
- SERRANO, Alfonso, BIRKBECK Christopher H. (Eds.), (2013), *“La Generalidad de la Teoría del Autocontrol”*, Madrid, Editorial Dykinson.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, (2003), *“Nociones de Derecho Civil Empresarial”*, Madrid, editorial Civitas.
- SOTO ÁLVAREZ, (2005), *“Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil”*, México D.F., Editorial Limusa.
- SOTOMONTE S., Saúl y ORTIZ BAQUERO Ingrid, (2014), *“Del Derecho Comercial al Derecho del Mercado”*, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

- SUÁREZ, Eloy, (2004), *“Introducción al Derecho”*, Santa fe, Editorial, UNL.
- TORNOS MAS, Joaquim (Coord.), (2008), *“Ordenación Económica”*, Valladolid, Editorial Lex Nova.
- ÚBEDA PORTUGUÉS, José, (2011), *“Sistemas Políticos Constitucionales en el Mundo”*, Madrid, Editorial Aebius.
- URÍA Rodrigo, MENENDEZ Aurelio, (2000), *“Curso de Derecho Mercantil”*, Madrid, Editorial Civitas.
- VILLACORTA, Luis, (2006), *“Principio de Igualdad y Estado Social: apuntes para una relación sistemática”*, Cantabria, Universidad de Cantabria.
- VISINTINI, *“Trattato breve della responsabilità civile”*, CEDAM. Padova 1996, en español en *“Tratado de a responsabilidad civil”*, traducido por KEMELMAJER DE CARLUCCI, con la colaboración de ATIENZA NAVARRO, BOSSIO, ESPINOZA ESPINOZA.
- VODANOVIC H., Antonio, SOMARRIVA U., Manuel, y ALESSANDRI R., Arturo, (1998), *“Tratado de Derecho Civil: parte preliminar y general”*, tomo I, Santiago, Editorial jurídico de Chile.

LEGISLACIÓN

- Código Civil Peruano.
- Código Civil de la república de Argentina.
- Código de protección al consumidor de la república del Brasil.
- Decreto Legislativo N° 1121
- Ley General de Sociedades.

ARTÍCULOS DE REVISTA

- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, pp, 12-22 en: ius et veritas: revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú / *“El Rasgado del Velo Societario Dentro del Arbitraje”*/ N°29 / 1990.
- *“De los actos jurídicos”*, (1980), en Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, T. II.
- ECHAIZ MORENO, Daniel, (2009), *“Derecho societario: un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios”*, Lima, editorial Gaceta Jurídica.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, en: actualidad jurídica: revista editada por Gaceta jurídica / *“El levantamiento del Velo Societario: ¿debe regularse o simplemente aplicarse?”*/ N°217 / 2003.
- JURISPRUDENCIA DE IMPACTO, (2005), *“Interpretaciones Sobre el Régimen Económico Constitucional: Funciones fundamentales del estado en materia económica”*, Lima, editorial Gaceta Jurídica
- OSORIO RUIZ, Zaída, (2000), *“Jurisprudencia Comercial”*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
- RODRÍGUEZ CAIRO, Vladimir, (2012), *“Constitución Económica de 1993 y Desempeño Económico en el Perú”*, p, 28, Revista de la facultad de Ciencias Contables Vol. 20 N° 37, UNMSM, Lima, Perú.

JURISPRUDENCIA

- EXP N°3330-2004-AA/TC, fundamento 32 (restricciones a la libertad de empresa).
- EXP N° 0001-2005-PI (obligación de contratar seguros a través del denominado seguro obligatorio de accidentes de tránsito-SOAT- fundamento 53).
- EXP. 018-2003-AI/TC. (noción y fin de la economía social de mercado).
- STC 1963-2006-AA, FJ 3-8.
- STC N° 04072-2009-PA/TC.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- ABUSADA Roberto y CUSATO Antonio, (2007), *“Instituto Peruano de Economía: crecimiento e instituciones en el Perú: 1970 – 2006”*, Recuperado [19-10-2016] en:

<http://ipe.org.pe/wp-content/uploads/2009/06/crecimiento-economico.pdf>.
- ARISTIZÁBAL BORRERO, Laura, JIMÉNEZ VALENCIA, Juan Camilo, *“El Levantamiento del velo corporativo aplicado a las organizaciones internacionales”*, (Tesis pre-grado), Pontificia Universidad Javeriana, Recuperado [21-01-2018] en:

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/9985/AristizabalBorreroLaura2013.pdf?sequence=1>
- ASBANC SEMANAL, [11-01-2016], *“Economía peruana: balance del 2015 y perspectivas para el 2016”*, Recuperado [26-10-2016], en:
<http://www.asbanc.com.pe/Publicaciones/ASBANC%20SEMANAL%20N%C2%BA%20181.pdf>.

- BERNALES BALLESTEROS, Enrique, y OTÁROLA PEÑARANDA, (Col.), (1999), *“La Constitución de 1993: análisis comparado”*, 5° Edición, lima, ICS, Recuperado [20-10-2016] en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/DD60BF7FE0882EE3052578ED00705992/\\$FILE/Const.Comentada_Bernales_Indice_R%C3%A9gimenEcon%C3%B3mico.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/DD60BF7FE0882EE3052578ED00705992/$FILE/Const.Comentada_Bernales_Indice_R%C3%A9gimenEcon%C3%B3mico.pdf).
- CHANG YONG, Cristina, (2006), *“La Responsabilidad de los Accionistas por Deudas Tributarias: el levantamiento del velo societario en el derecho tributario”*, recuperado [23-11-2016] en: http://www.ipdt.org/editor/docs/06_IXJorIPDT_CCHY.pdf.
- FARJE PALMA, Isaías Manuel, (2013), *“Impacto de las Decisiones Políticas en la Autonomía y Gestión de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, caso Osinergmin”*, Recuperado [24-11-2016], en: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/FARJE_PALMA_ISAIAS_MANUEL_IMPACTO.pdf
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, (2007), *“Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la vida y Aborto”*, Recuperado [21-03-2018] en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v20n2/art05.pdf>.
- GUERRA CERRÓN, Jesús María, (2007), *“Levantamiento del Velo Societario y los Derechos, Deberes y Responsabilidades de la Sociedad Anónima”* (tesis doctoral). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado [19-10-2016] en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/3148/1/Guerra_cj.pdf.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, (2003), *“El Derecho a la Igualdad”* recuperado [21-03-2018] en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/7686-30153-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/7686-30153-1-PB%20(1).pdf).
- INFORME FINAL: Comisión especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, recuperado [24-03-2018] en: www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/informes.nsf/.../attj8n.pdf.

- INFORME GENERAL (2002), *“Indecopi y los organismos reguladores”*, Recuperado [24-11-2016], en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/CIDEF/oscuga/InformeINDECOPI.pdf>.
- MORI SÁENZ, Alejandra Mariel, y TORRES MALDONADO, Marco Andrei, Recuperado [03-04-2018] en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ReflexionesAcercaDeLaTeoriaDelLevantamientoDelVelo-5481036.pdf>,
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, (2001), *“La libertad económica y su protección”* Recuperado [21-03-2018] en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaLibertadEconomicaYSuConsagracionConstitucional-2650339.pdf>.
- OBANDO BLANCO, Roberto,(2013), *“Principios generales: El abuso del derecho y la buena fe”* ubicado [04-04-2018] en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/15382e80436d5e65b4fdff41c29755ea/El+abuso+de+derecho+y+la+buena+fe.+Principios+generales.+Roberto+Obando+Blanco+en+Suplemento+Jur%C3%ADdica+-+Victor+Obando+Blanco.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=15382e80436d5e65b4fdff41c29755ea>
- OBANDO, Roberto, (2008), *“Una Visión Dual de la Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica”*. Recuperado [19/10/2016] en http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf.
- OSTERLING, Felipe y CASTILLO Mario, (2003), *“Responsabilidad Civil de las Personas Jurídicas por Actos de sus Administradores o Dependientes”*. Recuperado [20-10-2016] en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8ccded8046793307abddef93776efd47/Responsabilidad+civil+de+las+personas+jur%C3%ADdicas+por+actos+de+sus+administradores+o+dependientes.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8ccded8046793307abddef93776efd47>.
- PÉREZ IBÁÑEZ, Alejandro, (2014), *“La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Personalidad Jurídica en las Sociedades Mercantiles”* Ubicado [03-04-2018]

en

http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/3487/169_La%20doctrina%20del%20levantamiento%20del%20velo%20de%20la%20personalidad%20juridica%20en%20las%20sociedades%20mercantiles%20por%20Alejandro%20Perez%20Ibanez%20-%20copia.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

- PÉREZ SUAY, Andrea, “ *Doctrina del levantamiento del velo societario*” Ubicado [02-04-2018] en

http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/257451/TFG-PEREZ_SUAY-2015.pdf?sequence=1
- QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique, (2016), “*Teoría del Levantamiento del Velo Societario: ¿es aplicable en el derecho peruano?*” Recuperado [25-11-2016] en: http://www.teleley.com/articulos/art_leva_velo_soc.pdf.
- RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ (2016), “*libertad Económica: Perú cae al puesto 49 en índice mundial*”, Recuperado [24-11-2016] en <http://rpp.pe/economia/economia/libertad-economica-peru-cae-al-puesto-49-en-indice-mundial-noticia-936313>.
- Wolters Kluwer, “*Levantamiento del velo*”, Ubicado [02-04-2018] en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQ3MDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAsaFtfjUAAAA=WKE

ANEXOS

ANEXO N°1

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En realidad, la presente propuesta legislativa tiene por objetivo cubrir un vacío legal, respecto a la prerrogativa que obtenga la persona jurídica (principio de autonomía), como sujeto de derecho distinto de sus miembros, en perjuicio de terceros como consecuencia de la mala praxis de la misma por parte de las personas que la conforman.

Que conforme al artículo 78^{o273} de nuestro Código Civil, la persona jurídica posee dicha virtud, es decir, una vez constituida la sociedad como persona jurídica ante la SUNARP de acuerdo a ley; los aportes otorgados por los miembros de la misma para su constitución, pertenecen a la sociedad formada legalmente y solo con el patrimonio aportado por los miembros, dicha persona jurídica responderá en caso de que exista una deuda, y no con los bienes personales de los accionistas.

Conforme se podrá apreciar en la norma glosada existe un vacío legal que permite como se dijo líneas arriba una mala práctica originando actos ilícitos, son frecuentes los casos de constitución de personas jurídicas a efectos de eludir la ley o defraudar a terceros, por lo que es necesaria su formulación legal, sobre todo para evitar que se constituyan personas jurídicas para crear zonas de impunidad que oculten manejos irregulares.

Actos ilícitos que en la actualidad se siguen cometiendo justamente en virtud de esta prerrogativa, en detrimento de la justicia, que debe estar por encima de intereses personales.

Desde el punto de vista de la justicia sería inadmisibles que se consienta la irresponsabilidad, de quien por profesión arriesga bienes ajenos, en provecho propio, que se pudiera así arruinar a los demás por actos imprudentes dolosos y sin peligro de la propia ruina, que, en fin, se permitiese el progresivo

²⁷³ Artículo 78° del Código Civil Peruano.- Autonomía de la persona jurídica

1.- La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros.

2.- Ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquélla ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta.

enriquecimiento de los hábiles utilizando por ejemplo el mecanismo de la quiebra de sus empresas de responsabilidad limitada. El sistema de la falsa sociedad anónima (con pluralidad de socios en el papel) tiene al menos, el pudor de ocultarse mediante la simulación; la empresa de responsabilidad limitada vendría descaradamente a legalizar el fraude.

Si bien es cierto que existen otras figuras jurídicas como mecanismos de protección en caso de que ocurra dichos eventos como abuso del derecho o fraude a la ley, bien sabemos que en la jurisprudencia muy poco hay de estos actos, pues los magistrados y jueces se adhieren a la norma (autonomía de la persona jurídica), al no existir una norma en donde se sustenten para poder administrar mejor la justicia.

Creemos también necesario el conocimiento más profundo por parte de nuestros magistrados y jueces de dicha doctrina (levantamiento del velo societario), mediante la enseñanza por parte de los juristas que conocen bien el tema, con la finalidad de una correcta aplicación de la norma por parte de los magistrados y por ende de una buena motivación en sus sentencias.

ANÁLISIS COSTO- BENEFICIO

La presente propuesta legislativa: propone regular la figura jurídica del levantamiento del velo societario, con la finalidad de proteger a terceros perjudicados por las acciones ilícitas realizadas a través de las personas jurídicas, con esto se lograría que ellas sirvan a fines más alto que el egoísmo de los hombres que la controlan. Y sean estos fines los de la economía, los de la comunidad nacional o de los de la empresa como unidad (capitalistas, técnicos y productores). Estamos convencidos que en vez de ahuyentar a los empresarios (íntegros, honestos) para que inviertan en nuestro país, más bien los atraería en vista de que las relaciones jurídicas que formalicen acá se encuentran garantizadas por una norma jurídica, además como consecuencia de esto se reafirmaría ese principio que debe existir en toda relación jurídica, estoy hablando del principio de buena fe.

Cabría destacar que como consecuencia de la regulación de dicha propuesta, el beneficio sería mayor que el costo para nuestro país.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

En efecto, la presente proposición legislativa no contraviene ninguna norma vigente, precisamos que la defensa de la aplicación de esta institución jurídica, a través de una norma positivizada, no es la intención de perjudicar a la personas jurídicas (sociedad anónima), pues está más bien saldría muy bien librada y fortalecida, los efectos permitirán la sanción de la falta cometida, sin destruir aquellos de la personalidad para otros actos en el presente y el futuro. Así se salva la estructura legal creada, pero no se admiten actos contrarios a ley mediante el uso indebido de ella.

Por el contrario es un acto que fortalece la justicia, pues permite a las personas naturales o jurídicas defenderse de los actos ilícitos cometidos por personas inescrupulosas que constituyen sociedades colectivas con tal finalidad; con esto se conseguiría al menos la disminución sustancialmente de los actos ilícitos perpetrados a través de las personas jurídicas.

PROYECTO DE LEY

SUMILLA LEY QUE REGULA EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO DE LA PERSONA JURÍDICA.

A iniciativa del ciudadano Jorge Marcial Zamora Lazo, y cuatro mil novecientos noventa y nueve en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° del Constitución Política del Perú, en concordancia con la Ley N°26300 llamada de los Derechos de participación y control ciudadanos, propone el siguiente proyecto de ley:

I FORMULA LEGAL

Ley siguiente:

LEY QUE REGULA EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO DE LA PERSONA JURÍDICA.

Artículo 1.- Objeto de la ley

Regular la figura del levantamiento del velo societario de la persona jurídica en nuestro ordenamiento jurídico a fin de gozar de los beneficios establecidos en la citada ley.

Artículo 2.- Regular el levantamiento del velo societario de la persona jurídica en el Código Civil

Regúlese el levantamiento del velo societario de la persona jurídica en el libro I del Código Civil, sobre Derecho de las personas, título I acerca de la diferencia entre la persona jurídica y sus miembros, artículo 78°, con el siguiente texto:

Artículo 3.- Definiciones

3.1 Para efecto de la presente ley:

“El juez podrá prescindir de la personalidad de la sociedad en cuanto ella sea utilizada de forma ilícita violando el orden público o con fraude y perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros, también será efectivizada cuando haya quiebra, estado de insolvencia, cierre o inactividad de la persona jurídica provocados por mala administración. En consecuencia se deberá probar contundentemente la efectiva utilización de la persona jurídica como instrumento legal para alcanzar los fines expresados”.

Artículo 4.- Derogatoria

Déjese sin efecto todos los dispositivos legales y reglamentarios que se opongan a la presente ley o limiten su aplicación en cuanto esta sea pertinente.

Artículo 5.- De la vigencia de la ley

La presente ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Anexo N° 2

La controversia suscitada entre TSG Perú S.A.C., (Technology Service Group, en adelante, simplemente TSG) contra Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. (en adelante, simplemente las demandadas).

Los fundamentos de hecho:

En el año 2002, TSG, Caleta Dorada y Harinas Especiales celebraron un contrato de prestación de servicios, en cuya virtud Harinas Especiales se obligó a producir harina de pescado, con pescado que era proporcionado por TSG. Asimismo, Harinas Especiales declaró ser la arrendataria de unas plantas para la fabricación de harina de pescado con los derechos administrativos vigentes. Estas plantas se encontraban en un terreno de propiedad de Caleta Dorada, quien manifestó su conformidad con el acuerdo. Este contrato contenía un convenio arbitral. Tiempo después, Harinas Especiales cedió su posición contractual a Chicama y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron dados en garantía a favor de TSG. Luego de una serie de modificaciones contractuales, Chicama resolvió el Contrato porque TSG no le habría pagado una factura. TSG también resolvió el Contrato porque Chicama habría incumplido una obligación valorizada en más de 1 millón de dólares.

En consecuencia TSG demandó a Chicama, Caleta Dorada, Libertad, Procesadora del Campo y Katamarán (Las Demandadas), pretendiendo la resolución del Contrato y el pago de una indemnización. Para sustentar su demanda arbitral contra empresas que no habían suscrito el convenio arbitral, TSG alegó que entre todas ellas existía una vinculación económica y que todas ellas habían participado en una serie de acciones fraudulentas de transferencia de activos, con la finalidad de burlar la deuda existente a su favor. Las demandadas (específicamente aquéllas que no habían suscrito el pacto arbitral) impugnaron la competencia del tribunal arbitral, alegando inexistencia de convenio arbitral. Es importante destacar que este arbitraje se inició estando vigente la Ley General de Arbitraje N° 26572 de 1996, que no contiene una disposición como el artículo 14° del Decreto Legislativo 1071 (Ley de Arbitraje de 2008) que identifica la existencia de partes no signatarias.

En marzo de 2009, el tribunal arbitral emitió un Laudo en el que encontraron que las demandadas eran parte del arbitraje y que tenían, además, responsabilidad solidaria frente a TSG. Los árbitros determinaron que las demandadas se encontraban vinculadas al arbitraje por aplicación de la doctrina y jurisprudencia internacional que reconoce la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. Si bien no suscribieron el

Convenio Arbitral, por la vinculación que tienen con la(s) demandada(s) principales – que sí firmaron el Convenio – sí pueden ser incluidas en un arbitraje, y posteriormente ser incluidas como partes demandadas a las que les alcanzarán los efectos del Laudo Arbitral.²⁷⁴ El tribunal arbitral afirmó que, en este caso, no se estaba frente a “terceros”, sino de una sola parte constituida tanto por aquella que firmó el convenio arbitral, como por las que no lo hicieron.²⁷⁵ Para estos efectos, el tribunal arbitral afirmó que resultaba válido proceder a correr el velo societario, a fin de encontrar la voluntad común de las empresas involucradas y proteger así a la contraparte que se vería de otra manera perjudicada frente a la existencia de acciones fraudulentas.²⁷⁶

A partir de la prueba aportada al arbitraje y en aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario. El tribunal arbitral, afirmó lo siguiente: “Habiéndose concluido que sí existen indicios suficientes para acreditar la vinculación entre las empresas emplazadas, CHICAMA, CALETA DORADA, PROCESADORA DEL CAMPO, KATAMARÁN y LIBERTAD, este colegiado concluye también que, de conformidad con lo establecido en el Marco Conceptual desarrollado previamente, sí resulta de aplicación al presente proceso arbitral la teoría del levantamiento del velo societario”.²⁷⁷ Y, por la misma razón, todas Las demandadas eran una misma parte del convenio arbitral²⁷⁸. Por último, el tribunal arbitral encontró que existía responsabilidad solidaria entre todas Las demandadas por ser una misma voluntad común y declaró resuelto el Contrato, ordenando el pago una indemnización a favor de Chicama por más de 1 millón de dólares. También condenó a las demandadas al pago de todos los gastos del arbitraje.²⁷⁹ Las demandadas interpusieron recurso de anulación ante el Poder Judicial, alegando la existencia de las siguientes causales: inexistencia del convenio arbitral, vulneración del debido proceso y existencia de un pronunciamiento ajeno a las materias sometidas a decisión de los árbitros. La Corte Superior que conforme a la Ley de Arbitraje conoce

²⁷⁴ Laudo: “251. Si bien la norma señala que para que los árbitros sean entendidos “jueces” debe existir un convenio arbitral entre las partes, si se llega a descubrir la existencia de ciertos elementos que veremos adelante – vinculación entre las empresas involucradas y una voluntad fraudulenta – se debe entender que la parte signataria del convenio y las demás empresas involucradas son efectivamente una misma parte y por tanto los árbitros son jueces tanto para la signataria como las no signatarias.”

²⁷⁵ Laudo: “252. Es importante destacar que la referida situación no significa que se esté trayendo a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar que no firma el mismo. A quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino, como lo llama la doctrina, una parte no signataria. Ello, como veremos, está ampliamente reconocido en la doctrina y en la práctica arbitrales.”

²⁷⁶ Laudo: “283. Como se aprecia, la doctrina indica que dicha situación no puede dejarse pasar en los tribunales judiciales y tampoco en los tribunales arbitrales, por tanto éstos – y en consecuencia el nuestro también – se encuentran autorizados a correr el velo societario, a fin de constatar la verdadera voluntad de las empresas involucradas, con el objeto de proteger a la contraparte que se vería perjudicada con tales acciones.”

²⁷⁷ Parágrafo 588 del Laudo.

²⁷⁸ Parágrafo 575 del Laudo.

²⁷⁹ Laudo: “590. En ese sentido, la inexistencia fáctica de un convenio arbitral suscrito entre TSG y algunas de las empresas emplazadas no es un límite para que las mismas no sean incluidas como partes del presente proceso.”

estos recursos²⁸⁰, se concentró en la inexistencia del convenio arbitral y concluyó que no existía convenio arbitral que vincule a las demandadas. En consecuencia, anuló el laudo arbitral por la causal contenida en el artículo 61° inciso “a” de la actual Ley de Arbitraje. La Corte consideró en primer lugar que la jurisdicción arbitral es extraordinaria, de excepción. Por lo tanto, debe existir evidencia que demuestre la voluntad de un sujeto de someterse al arbitraje, ya que lo contrario significaría sustraerlo de la jurisdicción ordinaria que es el Poder Judicial²⁸¹. Luego sostuvo que la teoría de la incorporación de partes no signatarias no tiene fundamento en ninguna norma legal de nuestro ordenamiento jurídico. Y que esto ha sido admitido tácitamente en el laudo por los árbitros, al justificar su decisión en la doctrina y jurisprudencia internacional en la que existirían posiciones que permitirían esa posibilidad. Asimismo, indicó que no busca desconocer esa doctrina y jurisprudencia como fuente de derecho, pero hizo hincapié en que nos encontrábamos en un caso que se debía resolver de acuerdo al derecho peruano y no a lo que los árbitros creían que debería ser el derecho peruano en materia arbitral²⁸². Por último, la Corte sostuvo “no existe extremo alguno en la Ley 26572 que siquiera sugiera la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a quienes no quisieron celebrarlo”. No solo ello, sino que fue más allá al afirmar que “ni siquiera la fórmula actualmente contenida en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071 (sin que la mención a esta norma implique un juicio sobre su constitucionalidad) es capaz de legitimar un ejercicio semejante al realizado por los árbitros” y que “en parte alguna de este texto pueda subsumirse un supuesto como el defendido por los árbitros, de incorporación forzosa de un tercero al arbitraje por encontrarse en vinculación fraudulenta con quien sí lo hizo, en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo”.

TSG interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Corte Superior. La Corte Suprema anuló la decisión y ordenó a su inferior jerárquico que se vuelva a pronunciar²⁸³. Esta decisión es por demás relevante. En efecto, en primer lugar afirmó que la Corte Superior se había equivocado al poner al tribunal arbitral en una situación de inferioridad

²⁸⁰ Sentencia que resuelve el recurso de anulación del laudo recaído en el Expediente No. 00451-2009, emitido por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de agosto de 2010, en la controversia surgida entre TSG Perú S.A.C., como demandante, contra Pesquera Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C, Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C, como demandados. Ver: limaarbitration.net

²⁸¹ “Vigésimo Tercero: La posibilidad de desviar a un sujeto de ese predeterminado aparato de administración de justicia y vincularlo a una jurisdicción de naturaleza distinta, no solo debe encontrarse debidamente justificada en una norma que finalmente encuentre sustento constitucional, sino además, en el caso de la vía arbitral debe encontrar sustento por regla general, en la decisión del propio sujeto de someterse a ella.”

²⁸² “Décimo Noveno: (...) cabe prestar atención, primero, a que los árbitros al decidir incorporar a las tres empresas citadas al arbitraje, no han justificado su posición en norma legal alguna de nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, aceptaron tácitamente en el laudo, que la doctrina de extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no se encontraba sustentado en la Ley 26572, la cual era aplicable al caso concreto; sin embargo, apelaron para justificar tal decisión al hecho de que en la jurisprudencia internacional, así como en la doctrina nacional e internacional, existen posiciones que justifican esa posibilidad.”

²⁸³ Casación. 4624-2010 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 19 de diciembre de 2011.

frente a la “jurisdicción ordinaria” y que a partir de ello le negara competencia para pronunciarse sobre determinadas materias. Para estos efectos la máxima instancia de justicia peruana hizo referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 004-2006-PI/TC, en la que se estableció que el Poder Judicial no tiene el monopolio de la función jurisdiccional, ya que los árbitros también desarrollan funciones jurisdiccionales. En ese sentido, la Corte Suprema sostuvo de manera enfática, que un tribunal arbitral igualmente puede pronunciarse sobre materias como grupos de sociedades, situaciones de fraude y levantamiento del velo societario²⁸⁴.

El segundo pronunciamiento de la Corte Superior En el nuevo fallo, la Corte Superior declaró infundado el recurso de anulación y válido el laudo arbitral²⁸⁵. El razonamiento de la Corte Superior partió por reconocer que los árbitros en virtud del principio kompetenz-kompetenz pueden aplicar principios como el levantamiento del velo societario²⁸⁶. Asimismo, la Corte indicó que el levantamiento del velo societario implica la responsabilidad solidaria²⁸⁷. En cuanto a la existencia del convenio arbitral, la corte reconoció que lo que hizo el tribunal arbitral en este caso no significó traer a la fuerza a un tercero ajeno al proceso arbitral, sino evitar que la parte signataria, utilizando a partes no signatarias de manera fraudulenta, burle la efectividad del convenio arbitral²⁸⁸. Entendió además, que el reconocimiento normativo de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, se justifica en que el arbitraje es verdaderamente una jurisdicción y por los principios de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho que son inherentes a la autonomía de la voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral²⁸⁹. Por último, la Corte encontró a partir de la abundante prueba que se había actuado en el arbitraje, evidencia suficiente para sustentar la extensión del convenio arbitral a Las demandadas que no habían suscrito el convenio arbitral.

²⁸⁴ “NOVENO.- Conforme a los argumentos expuestos se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude, y develamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios, basta con recordar los de juristas tales como Juan Morales Godo, y Juan Espinoza Espinoza, y la reconducción de tal tópico a figuras tales como el abuso del derecho, y el fraude a la ley; esto último se menciona solo a manera de ilustración”.

²⁸⁵ Sentencia emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente 451-2009 entre TSG Perú S.A.C contra Langostinera Caleta Dorada S.A.C. y otras del 5 de marzo de 2013.

²⁸⁶ “(...) debemos señalar que el arbitraje en nuestro sistema jurídico es ejercicio de función jurisdiccional sustentada en el acuerdo político de las partes, y que, dentro de los límites de ese acuerdo, los árbitros cuentan con todos los poderes jurisdiccionales que les confieren nuestra Constitución y la ley”.

²⁸⁷ “No existe una indebida aplicación del artículo 1183° del Código Civil sino la constatación de un efecto natural (la responsabilidad solidaria) del levantamiento del velo societario.”

²⁸⁸ “Por tanto, desde este horizonte conceptual y normativo lo que el tribunal arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo.”

²⁸⁹ “Esta potestad arbitral, sin embargo, no solo está sustentada en el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción sino también, y tal vez principalmente, en los principios generales de buena fe y prohibición de abuso del derecho que resultan plenamente aplicables a un acto de autonomía privada como es el convenio arbitral.”