

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA INCLUSIÓN DE LA FIGURA DE LA DESPERSONALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA, PARA LOS CASOS EN QUE EXISTAN CRÉDITOS SOCIALES

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: CÉSAR HUGO FERNÁNDEZ SILVA

Asesora:

Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO

Cajamarca – Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by
CÉSAR HUGO FERNÁNDEZ SILVA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA INCLUSIÓN DE LA FIGURA DE LA DESPERSONALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA, PARA LOS CASOS EN QUE EXISTAN CRÉDITOS SOCIALES

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: CÉSAR HUGO FERNÁNDEZ SILVA

JURADO EVALUADOR

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Asesora

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

M.Cs. Marcia Patricia Rodríguez Urteaga
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2022



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las dieciocho horas del día 22 de febrero de dos mil veintidós, reunidos a través de Gmeet meet.google.com/whd-dwsm-hxz, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, **M.Cs. MARCIA PATRICIA RODRÍGUEZ URTEAGA**, y en calidad de Asesora la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA INCLUSIÓN DE LA FIGURA DE LA DESPERSONALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA, PARA LOS CASOS EN QUE EXISTAN CRÉDITOS SOCIALES**; presentada por el **Bach. en Derecho FERNÁNDEZ SILVA CÉSAR HUGO**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de DIECISEIS (16) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho FERNÁNDEZ SILVA CÉSAR HUGO**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las diecinueve horas con treinta minutos del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Asesor

.....
Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Marcia Patricia Rodríguez Urteaga
Jurado Evaluador

A:

Mis padres y hermanos, por ser los pilares de mi vida; asimismo, a los amantes de la lectura jurídica, a quienes pongo este trabajo a su disposición ateniéndose a su crítica ya sea positiva o no

AGRADECIMIENTO

Por el presente trabajo me gustaría agradecerle a ti Dios, por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio, así como la elaboración del presente trabajo.

Agradezco ínfimamente, a mis padres y hermanos, quienes me brindaron su apoyo incondicional, quienes con su amor, paciencia y esfuerzo me han permitido que cumpliera una meta académica que anhelaba, gracias por inculcar en mí, los valores de ética y probidad, el ejemplo de esfuerzo y valentía, de no temer las adversidades porque Dios está conmigo siempre.

Asimismo, agradezco de forma especial a mi asesora de tesis, la Dra. María Isabel Pimentel Tello, quien supo darme las mejores orientaciones académicas, así como por sus valiosos aportes en la elaboración del presente trabajo; quien, además, me enseñó tanto de la profesión como de la vida, impulsándome siempre a seguir adelante.

A la vez, debo de agradecer a la Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga, por todos aquellos conocimientos que nos inculcó en las aulas, por aquellos aportes académicos, por su orientación minuciosa y por ser guía con su experiencia, conocimiento y motivación para concluir este trabajo de investigación.

“Hallábanse dos querellantes en disputa, ante la imposibilidad de lograr un acuerdo deciden acudir donde los jueces. He aquí que su situación se ve modificada, ya no importa quien tenga la razón, los jueces se la otorgan al que mejor argumente”

- *Platón*

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTO	vi
TABLA DE CONTENIDOS.....	viii
LISTA DE ILUSTRACIONES	xii
LISTA DE ABREVIACIONES.....	xiii
GLOSARIO.....	xiv
RESUMEN.....	xvi
ABSTRACT	xviii
INTRODUCCIÓN.....	xx
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. Problema de investigación.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática.....	1
1.1.2. Descripción del problema.....	5
1.1.3. Formulación del problema	6
1.2. Justificación de la investigación.....	7
1.3. Tipo de Investigación.....	8
1.3.1. De acuerdo con el fin que persigue	8
1.3.2. De acuerdo con el diseño de la investigación.....	8
1.3.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan ..	9
1.4. Hipótesis	9
1.5. Objetivos	10

1.5.1. General	10
1.5.2. Específicos.....	10
1.6. Métodos	11
1.6.1. Genéricos.....	11
1.6.2. Específicos del derecho	12
1.7. Técnicas.....	13
1.7.1. Recolección documental	13
1.7.2. Argumentación.....	14
1.7.3. Análisis documental	14
1.8. Instrumentos.....	14
1.8.1. Hoja de ruta	14
1.8.2. Fichaje bibliográfico	14
1.8.3. Ficha de registro	15
1.9. Estado de la cuestión	15
MARCO TEÓRICO	17
2.1. ASPECTO IUSFILOSÓFICO DEL TEMA INVESTIGADO	17
2.2. ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RELATIVOS AL PROBLEMA	23
2.2.1. Delimitación del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa	23
A. Persona natural	29
B. Persona jurídica	34
C. Personalidad Jurídica.....	36
D. Derecho a la libertad de empresa.....	38

2.2.2. Delimitación del contenido esencial de los derechos del acreedor	44
A. Los contratos desde un enfoque del derecho constitucional	46
B. Los contratos desde un enfoque civil	51
C. La responsabilidad por incumplimiento contractual	54
2.3. ASPECTOS GENERALES DE LA EXISTENCIA, RESPONSABILIDAD Y REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES	58
2.3.1. Naturaleza, existencia y capacidad de las sociedades mercantiles ..	59
2.3.2. Regulación y tipos de organizaciones empresariales	64
2.3.3. Normas generales aplicables a las distintas formas societarias ...	65
A. Constitución de sociedades.....	65
B. Pluralidad de socios	68
C. Normas internas de la sociedad	71
D. Contenido estatutario	72
2.3.4. Responsabilidad de las sociedades mercantiles	75
A. Dogma de impenetrabilidad y patrimonio autónomo.....	75
B. Sistema de responsabilidad	76
2.3.5. Ejercicio abusivo del derecho en el uso de una persona jurídica..	81
2.3.6. Fraude a la ley derivado de un derecho fundamental	86
2.4. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO....	91
2.5. LA DESPERSONALIZACIÓN	94
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	103
3.1. DELIMITACIÓN DEL DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	103
3.2. VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	108

PROPUESTA NORMATIVA	124
4.1. APRECIACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO....	124
4.2. PROYECTO DE LEY	126
4.3. FORMULACIÓN LEGAL.....	127
4.4. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	129
4.5. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO.....	138
4.6. IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	140
CONCLUSIONES	141
RECOMENDACIONES	143
LISTA DE REFERENCIAS	145

LISTA DE ILUSTRACIONES

Tabla 1: Las organizaciones individuales según dispositivos peruanos (p. 70).

Tabla 2: Las organizaciones colectivas según dispositivos peruanos (p. 71).

LISTA DE ABREVIACIONES

Art.	:	Artículo
CC	:	Código Civil Peruano
Const.:		Constitución Política del Perú
EIRL:		Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
Exp.	:	Expediente
LGS	:	Ley General de Sociedades
N.º:		Número
PA	:	Proceso de amparo
PI	:	Proceso de Inconstitucionalidad
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	:	Tribunal Constitucional
TPCC:		Título Preliminar del Código Civil

GLOSARIO

ACREEDOR

Persona natural o jurídica, sociedades conyugales, sucesiones indivisas y otros patrimonios autónomos que sean titulares de un crédito.

CARTA MAGNA

Con estos términos, se hace referencia exclusiva a la Constitución Política del Perú.

CRÉDITOS SOCIALES

Entendidos también como créditos societarios; se utilizará el termino para hacer referencia a las deudas impagas por parte de las empresas (personas jurídicas) a los acreedores. Derecho del acreedor a obtener una prestación asumida por el deudor como consecuencia de una relación jurídica obligatoria.

DERECHO MERCANTIL

En el presente trabajo, se entiende como derecho mercantil como sinónimo del derecho comercial o derecho societario, donde su utilización es indistinta, para evitar un debate en la conceptualización y diferenciación con el derecho comercial o societario; puesto que el núcleo del trabajo se trata de postular la figura de la despersonalización que abarca a los socios de una persona jurídica.

EMPRESARIO

Persona natural dedicado al ámbito comercial, societario, como parte de una persona jurídica, asociado o socio de la misma.

PERSONA JURÍDICA

Entendida como aquel constructo jurídico, conformado por personas naturales o persona jurídicas; no se actúan a título personal, sino que tienen existencia propia; con derechos y obligaciones. En algunos casos, nos referimos que la empresa como persona jurídica.

PERSONA NATURAL

Entendida como persona física, diferenciando de persona natural con negocio. Como persona natural puedes ejercer cualquier actividad económica, ser el conductor de tu propio negocio y el responsable por sí mismo. Una Persona Natural actúa a título personal.

SUJETO IDEAL

Cuando nos referimos al sujeto ideal, en la investigación nos referiremos a la persona jurídica creada por la voluntad de la persona natural. Es decir, la persona jurídica es un sujeto ideal (de idealizada), que no existe materialmente, sino solo es una construcción del derecho (constructo).

RESUMEN

A partir de un análisis dogmático, en este trabajo, he discutido los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización, en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales derivados del fraude a la ley o abuso del derecho. En un contexto de realidad nacional, en el ámbito jurídico, político y social; se evidencia una vulnerabilidad en las decisiones tomadas por los aplicadores del derecho, sobre todo, cuando no existe dispositivo expreso; donde da lugar a la interpretación e integración de la norma, lo que significa vulnerabilidad del sistema jurídico; pues, en ese contexto, los jueces, pueden tomar decisiones disímiles en situaciones similares, en tanto, estos deben obediencia únicamente a la constitución y a la ley.

En ese sentido, en caso de persecutoriedad de créditos sociales, no basta la aplicación de una teoría doctrinaria o la jurisprudencia, para resolver un conflicto legal; sino que, por seguridad jurídica, predictibilidad del derecho y por uniformidad de la jurisprudencia, conviene tipificar la despersonalización de créditos societarios.

En defensa de lo referido, el texto desarrolla un esquema argumentativo a partir de conceptualizaciones básicas de las figuras involucradas en investigación, desde un enfoque constitucional, civil y societario, considerando los derechos fundamentales de las personas jurídicas y las personas naturales. Concluyéndose que, un adecuado ordenamiento jurídico, bajo el enfoque de la

teoría del positivismo incluyente, deberá de tipificar la despersonalización en la legislación societaria para que los jueces uniformicen la jurisprudencia en materia comercial - societario. Asimismo, bajo los conceptos y teorías doctrinarias, se demuestra que la tipificación de la despersonalización brindará seguridad jurídica y garantías en el entorno comercial. Finalmente, se demuestra que la tipificación de la despersonalización, generan predictibilidad del derecho, en tanto los jueces, estarán obligados a cumplir con el dispositivo normativo, y no, fundamentar decisiones diferentes amparados en el sometimiento solo a la ley y la constitución.

Palabras claves

Despersonalización, créditos societarios, levantamiento el velo societario, abuso del derecho, fraude a la ley, predictibilidad del derecho, seguridad jurídica, uniformidad jurisprudencial.

ABSTRACT

Based on a dogmatic analysis, the author discusses the legal foundations that justify the inclusion of the figure of depersonalization, in corporate legislation, for cases in which there are social credits derived from fraud of the law or abuse of rights. In a context of national reality, in the legal, political and social sphere; vulnerability is evidenced in the decisions made by the applicants of the law, especially when there is no express device, where the interpretation and integration of the norm means vulnerability of the legal system; Therefore, judges can make dissimilar decisions in similar situations, as they must obey only the law and the constitution.

In this sense, the application of a doctrinal or jurisdictional theory is not enough to resolve a legal conflict; rather, for legal certainty, predictability of the law and uniformity of jurisprudence, it was shown that the depersonalization of corporate credits should be typified.

In defense of the aforementioned, the text develops an argumentative scheme based on basic conceptualizations of the figures involved in research, from a constitutional, civil and corporate approach, considering the fundamental rights of legal persons and natural persons. Concluding that, an adequate legal system, under the approach of the theory of inclusive positivism, should classify depersonalization so that the judges standardize commercial-corporate jurisprudence. Likewise, under the doctrinal concepts and theories, it is shown that the classification of depersonalization will provide legal security and guarantees in the commercial environment. Finally, it is shown that the

classification of depersonalization generates predictability of the law, while the judges will be obliged to comply with the normative device, and not, base different decisions based on submission only to the law and the constitution.

Keywords

Depersonalization, corporate credits, lifting the corporate veil, abuse of the right, fraud of the law, predictability of the law, legal certainty, jurisprudential uniformity.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, estructuralmente está dividida en cuatro capítulos, los mismos que a continuación se describen:

CAPÍTULO I: Denominado “ASPECTOS METODOLÓGICOS”, en el cual se realiza el planteamiento del problema, el cual tiene la siguiente formulación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización, en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales derivados del fraude a la ley o abuso del derecho?, justificando dicha investigación en razón a la evidente característica de la persona natural y persona jurídica que son atribuibles de derechos y deberes, solo que en la segunda, está dirigido a una categoría jurídica constituida por personas naturales asociadas, pero al fin, siempre gira en torno de la persona humana; por lo que se postula la incorporación de la despersonalización para casos que exista créditos sociales, en un estricto cumplimiento de los contratos, evitando la defraudación a la ley o abuso del derecho que hacen los socios para obtener beneficios patrimoniales a partir de la orientación de la persona jurídica en dejar créditos sociales.

La responsabilidad de la sociedad mercantil, y en general del ente empleador, se debe de ver desde una óptica moderna, no olvidando la moral y la ética comercial, cultivando las prácticas de buen gobierno. Por ello se analiza los fundamentos dogmáticos que permitan la implementación del ordenamiento jurídico con la positivización de la despersonalización, lo que significará

equiparar derechos entre, el principio de la impenetrabilidad patrimonial del socio y la responsabilidad limitada, con los derechos de los acreedores, teniendo en cuenta que estos, son derechos fundamentales implícitos.

Respecto al ámbito de investigación, correspondiente al presente trabajo, según la naturaleza es, dialéctico y sistemático, donde se analiza la normatividad constitucional, civil, laboral y comercial, ello respecto del análisis de la doctrina y jurisprudencia; consignándose como delimitación temporal a la norma civil y comercial, que se pretende analizar los fundamentos dogmáticos que justifiquen la incorporación de la figura de la despersonalización en el ordenamiento jurídico peruano; es decir, basándonos en la jurisprudencia que determinó en ciertos casos el rompimiento del hermetismo societario, aplicando el principio del levantamiento del velo societario; sin embargo, la jurisprudencia no obliga a un juez aplicarla en todos los casos; por ello, con su incorporación, (de la despersonalización) se busca uniformidad jurisprudencial, seguridad jurídica y predictibilidad del derecho. Para dicha intención, nos basamos en un análisis transaccional, puesto que se estudiará las figuras jurídicas durante su periodo de vigencia. Por otro lado, el tipo de investigación es de carácter básico, puesto que se realiza un estudio meramente dogmático; teniendo por tanto un diseño o enfoque mixto, esto es explicativa causal y propositiva; teniendo un enfoque cualitativo por cuando su estudio corresponderá a cualidades propias del derecho y escapa de una investigación experimental.

Por lo que, la justificación de la inclusión de la figura de la despersonalización, es la seguridad jurídica, predictibilidad del derecho y la uniformidad de la

jurisprudencia a nivel nacional, que posibilita la persecución del pago de los derechos del acreedor. Concluyendo que la prevalencia del contenido esencial del derecho al acreedor predomina sobre el hermetismo societario y la responsabilidad limitada del empresario cuando la sociedad empresarial ha generado los créditos por abuso del derecho o fraude a la ley.

Asimismo, se delimita fundamentos dogmáticos que justifican la inclusión de la mencionada figura para los casos en que existan créditos mercantiles, y cuando concurra ya sea abuso del derecho o fraude de la ley. También, se busca elaborar el contenido y alcances de la figura de la despersonalización a partir de los contenidos del hermetismo societario y la responsabilidad limitada. Y desarrollar las circunstancias jurídicas societarias que genera la presencia de créditos sociales. Finalmente, dentro de este capítulo se señala los métodos y técnicas que se han utilizado en la recolección y procesamiento de datos.

CAPÍTULO II: Denominado MARCO TEÓRICO, se subdivide en seis acápite, estos son: aspecto iusfilosófico del tema investigado; acerca de los derechos fundamentales relativos al problema; aspectos generales de la existencia, responsabilidad y regulación de las sociedades mercantiles; créditos societarios y su persecutoriedad; la doctrina del levantamiento del velo societario; y, la despersonalización.

Capítulo en el cual se parte de la delimitación del contenido esencial de los derechos del acreedor y los contenidos esenciales del derecho a la libertad de empresa; buscando recoger la esencia de cada derecho, pues posteriormente

era necesario hacer una diferenciación entre el derecho de los acreedores frente al derecho comercial (empresarial), siendo la base o sustento para partir a evaluar la posibilidad de positivizar la despersonalización, para tenerlo como un dispositivo societario. Por otro lado, para poder encontrar el sustento dogmático, respecto dicha positivización, se vio necesario entender también, lo concerniente a los contratos, desde enfoque constitucional y civil. Y finalmente, en este capítulo se hace mención a la despersonalización, donde se fundamenta su alcance y contenido, basada en aspectos dogmáticos, para concluir en lo conveniente de incorporar, en el ordenamiento jurídico, la figura de la despersonalización.

En consecuencia, desarrollados y vistos en forma conjunta estos acápite, van a permitir conocer con claridad, los casos en que es factible perseguir créditos societarios, incurriendo en una imperiosa necesidad la inclusión de la figura de la despersonalización en el ordenamiento jurídico peruano, puesto que cuando se actúa el derecho como dispositivo legal (no solo como jurisprudencia), estaría el juez, al momento de motivar, en la obligación de ordenar la despersonalización o penetración en patrimonio propio de los socios (personas naturales) para hacer efectivo el pago de los créditos societarios al acreedor; constituyéndose con ello una predictibilidad del derecho, la seguridad jurídica e uniformidad jurisprudencial, lo que también significa no desamparar jurídicamente a la parte más débil (acreedor) de la relación contractual.

CAPÍTULO III: Denominado, CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS, en este acápite, se delimitó la ruta adoptada para contrastar la hipótesis planteada. En ese sentido, según los objetivos trazados, los métodos, las técnicas e instrumentos usados; además, del análisis de los conceptos jurídicos, del marco iusfilosófico y de las teorías conceptuales expresadas previamente, ha permitido demostrar positivamente la validación de la hipótesis.

La ruta o el diseño de contrastación de hipótesis, permitió demostrar que un adecuado ordenamiento jurídico, bajo el enfoque de la teoría del positivismo incluyente, deberá de tipificar situaciones relevantes para que los aplicadores del derecho uniformicen criterios jurisdiccionales comerciales-societarios a nivel nacional. Asimismo, bajo los conceptos y teorías doctrinarias, se demuestra que la tipificación de la despersonalización brindará seguridad jurídica y garantías en el entorno comercial, permitiendo un efecto positivo en el adecuado funcionamiento de la economía societaria frente a los terceros contratantes. Finalmente, se demuestra que la tipificación de situaciones concretas como los postulados en la investigación, generarán predictibilidad del derecho, sobre las acciones societarias y la actuación de los aplicadores de la ley, equilibrando desigualdades entre sujetos de derecho; recuérdese, que un adecuado ordenamiento jurídico, además de ser confiable, estable y seguro, tiene que ser predecible.

Por otro lado, con la validación de la hipótesis permite hacer una propuesta normativa; ante la demostración de que la persona jurídica (amparada en su personería) acciona en un ejercicio abusivo del derecho o realiza actuaciones

fraudulentas ante la ley, para generar créditos societarios, deberá de romperse el hermetismo societario, con la única finalidad de perseguir los créditos societarios a los que resulten verdaderamente responsables (socios). De no adoptar este dispositivo normativo, parecerá que existe un ordenamiento legal, (respecto la figura de la impenetrabilidad al patrimonio personal y la responsabilidad limitada) que promueve u permite un mecanismo para evadir cumplimiento de créditos sociales; por ello, con la tipificación de la despersonalización, se protegería al sistema jurídico, logrando un órgano jurídico confiable, seguro, estable y predecible.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Problema de investigación

1.1.1. Contextualización o problemática

El derecho mercantil (derecho societario comercial) como rama del derecho privado, se dedica al estudio y regulación del ejercicio de las actividades comerciales. Frente a la diversificación de las normas del derecho mercantil, era necesario subdividir en disciplinas más específicas y especiales en su estudio, entre ellas se consideró al derecho empresarial¹ -que hoy en día toma cada vez mayor importancia-, básicamente en su rubro se estudia la conformación y desarrollo de las sociedades mercantiles con sus distintas características y funciones; dentro de esta disciplina jurídica, es menester tener en cuenta criterios de la responsabilidad limitada y el hermetismo societario frente a derechos particulares.

La responsabilidad limitada de los socios que conforman una persona jurídica, nace en el Derecho Anglosajón, como alternativa de explotación económica dirigida a pequeñas y medianas

¹ Empresa está definida como “[...] la actividad que le da carácter de comerciante a una persona. La empresa es una actividad que consiste en coordinar u organizar tanto elementos corpóreos como incorpóreos, así como el trabajo de la persona para producir o intercambiar bienes o servicios”. (Dávalos Torres, 2010, p. 101).

entidades empresariales, con el fin de aportar poco capital y no poner en riesgo el patrimonio personal de los socios.

La responsabilidad, proviene del latín *respondere* que significa responder; es decir, en el ámbito mercantil se debe entender como

una obligación de responder por el cumplimiento de un deber o de otra obligación. En este sentido, la responsabilidad se entiende como una obligación de "segundo grado" pues surge de un hecho ilícito. La responsabilidad surge cuando se ha realizado una conducta contraria a una ley, cuando se ha incumplido con una obligación o cuando se ha afectado el derecho de terceros. (Dávalos Torres, 2010, p. 138)

Tanto en la legislación nacional como en el derecho comparado se ha visto que los modelos económicos coadyuvan a la libertad de empresa, así buscan la apertura comercial y que la persona jurídica goce de autonomía patrimonial, lo cual se representa en la

independencia entre los patrimonios de los socios y la sociedad; surge así el llamado "dogma del hermetismo de la persona jurídica" reflejado en que las propiedades, créditos y deudas de la persona jurídica no tienen nada que ver con los de los socios ni viceversa. Justamente este hermetismo es el que provoca la deformación del concepto de persona jurídica y los abusos en la utilización de la misma. (Suárez León y López Guerrero, p. xii)

La responsabilidad del socio, en la actual legislación, es limitada al aporte de sus acciones, donde se cubre toda responsabilidad hasta agotar el capital contribuido para la conformación de la sociedad mercantil. Así se evidencia de lo establecido en el artículo 78 del Código Civil, que a letra estipula "La persona

jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”, existiendo por parte de la norma sustantiva un estricto respeto al principio de la autonomía patrimonial de las sociedades mercantiles.

En el mismo sentido, la Ley General de Sociedades, reconoce el privilegio de la responsabilidad limitada a los miembros de la sociedad mercantil, en su artículo 51 ha establecido que “En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales (...)”. Todo ello apunta a que la legislación interna protege a la inversión privada y ha olvidado proteger derechos de terceros (acreedores) que puedan ser perjudicados por los socios que, con la calidad o característica de personalidad jurídica que adquieren, y avalados en la impenetrabilidad al patrimonio personal, actúan con fines distintos a la ética empresarial².

Esta situación, es la que nos motiva realizar una investigación al respecto, donde se analiza ciertos criterios que fundamentan la posibilidad de incorporar la figura de la despersonalización en el

² “Todas las empresas tienen una obligación ética, y de hecho la administración de personal, hacia cada uno de los cinco grupos que las constituyen: propietarios, accionistas, empleados, clientes, proveedores y la comunidad en general. Pero, no solo en términos de normas y deberes como reglas, sino en términos de valores: la libertad, la igualdad, la solidaridad, el respeto activo y el diálogo” (Chaves, 2015).

Ordenamiento Jurídico peruano, con la finalidad de lograr empresas socialmente responsables³.

Entonces, para contextualizar la problemática, se debe entender que, del hermetismo societario, entendido como la ausencia del principio de la despersonalización, puede recaer en circunstancias que conforman un

campo abonado para que los socios se valgan del hermetismo social para incumplir sus obligaciones legales o contractuales o evadir responsabilidades patrimoniales de cualquier clase, jugando, según les convenga, con la personalidad de la sociedad o con la suya propia, intercambiándola a su antojo, o constituyendo sociedades dominantes y filiales para evadir la responsabilidad de alguna de ellas, generándose, en definitiva, situaciones de abuso de la personalidad jurídica. (Suárez León y López Guerrero, pp. 5-6)

De ser posible de identificar permisiones normativas que admitan conductas abusivas por parte de las sociedades mercantiles, como las antes indicadas, es necesario buscar alternativas para corregir los privilegios a los socios (responsabilidad limitada y el hermetismo societario), todo ello manteniendo el estado de derecho y sin vulnerar la seguridad jurídica. Por lo que, en ese afán se ha realizado un estudio cualitativo prudente de la legislación nacional, la doctrina, la jurisprudencia y del derecho comparado; lo que permite fundamentar, que coadyuva en la

³ Una empresa socialmente responsable, según Francisco Barroso que cita a Porto y Castromán, es “[...] aquella que tiene un compromiso consciente y congruente de cumplir íntegramente con su finalidad tanto en lo interno como en lo externo, considerando las expectativas de todos sus participantes en lo económico, social o humano y ambiental, demostrando el respeto por los valores éticos, la gente, las comunidades, el medio ambiente y para la construcción del bien común” (Barroso Tanoira, 2008).

adecuada regulación del ordenamiento jurídico nacional, la incorporación de la figura de la despersonalización cuando exista créditos sociales en circunstancias de abuso del derecho o fraude a la ley.

1.1.2. Descripción del problema

En la investidura de persona jurídica, los socios (accionistas) escudados en la impenetrabilidad al patrimonio personal, han provocado (intencionalmente) que la empresa pierda, transforme (simuladamente) o transfiera su capital a otras personas -naturales y/o jurídicas-, con la finalidad de evadir pretensiones indemnizatorias (pagar deudas) de carácter societario.

En ese sentido, el blindaje al hermetismo societario y la no regulación de la despersonalización (entendida como la persecutoriedad de los créditos societarios), sin duda, afecta a terceros. También, es necesario precisar que la doctrina, ha tratado, y la jurisprudencia nacional, ha aplicado, los efectos de la corriente o teoría del velo societario. Sin embargo, no podemos negar que el juzgador está sometido -solamente- a la Constitución y a la Ley, por ende, aplicar la teoría del levantamiento del velo societario queda a potestad del juez, con una cruda realidad jurisdiccional multifacética, no es ajeno pensar que en casos jurisdiccionales, pese a tratarse de mismos distritos judiciales, no necesariamente, el juez, aplicaría esta corriente doctrinaria (a la

vez dispositivo tácito), justamente amparándose en la libre discrecionalidad⁴; generando, entonces, incertidumbre jurídica, perdiéndose la predictibilidad jurídica y la uniformidad jurisdiccional; provocando que, desde una óptica positivista incluyente, se tipifique el modo de resolver en casos de esta naturaleza.

Con ese panorama, el presente trabajo de investigación, se dedicó a establecer un análisis dogmático de los fundamentos jurídicos que justifiquen y permitan la inclusión de la figura de la despersonalización de créditos sociales, en el ordenamiento jurídico peruano; en aras de uniformizar criterios jurisdiccionales y con ello generar predictibilidad del derecho y seguridad jurídica para los justiciables.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización, en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales derivados del fraude a la ley o abuso del derecho?

⁴ Pues es sabido que una de las principales garantías procesales es la independencia que rige el desempeño de la función jurisdiccional, más aún, cuando la propia constitución señala que los jueces solo están sometidos a la Constitución y a la Ley.

1.2. Justificación de la investigación

La decisión de investigar la persecución de créditos sociales generará la revisión de información en materia civil, comercial, y como no, información constitucional, toda ella, vinculada con el derecho mercantil, y otras disciplinas interrelacionadas al tema investigado. En dicha lectura se ha evidenciado que la persona natural y persona jurídica son atribuibles de derechos y deberes, solo que en la segunda está dirigido a una categoría jurídica constituida por personas naturales asociadas (denominada persona jurídica), pero al fin, siempre gira en torno de la persona humana, pues esta es la piedra angular de la persona jurídica⁵; por lo que se postula la incorporación de la despersonalización, para casos que exista créditos sociales, equiparándose derechos protectores de un tercero frente al hermetismo societario y la responsabilidad limitada.

La responsabilidad de la sociedad mercantil se debe de ver desde una óptica moderna, no olvidando la moral y la ética comercial, cultivando las prácticas de buen gobierno. Por ello, se debe de analizar los fundamentos dogmáticos que permitan la implementación del ordenamiento jurídico con la positivización de la despersonalización, lo que significará equiparar derechos entre el principio de la impenetrabilidad patrimonial del socio con los derechos *ius naturales* de

⁵ Cabe precisar, existe la posibilidad que una persona jurídica se haya constituido como tal, con la asociación de solo personas jurídicas (es decir, una sociedad D tiene como socios a las sociedades A, B y C); sin embargo, siempre la persona jurídica, estará constituida por personas naturales (en ejemplo, A, pese a ser una sociedad puede tener como socios personas naturales)

un sujeto (persona natural y/o jurídica) que ha sido perjudicado por actos intencionales de la sociedad.

Por lo que se requiere, regular la doctrina del velo societario o principio de persecutoriedad; para corregir la conducta antisocial cuando el socio a través del escudo hermenéutico de su patrimonio, provoque de manera fraudulenta o por abuso de derecho, el cierre, transformación o la liquidación de una sociedad empresarial dejando créditos sociales.

1.3. Tipo de Investigación

1.3.1. De acuerdo con el fin que persigue

De acuerdo con el fin que se persigue, la presente investigación es de carácter **básica** debido a que, en el estudio de la despersonalización, demandará un estudio a nivel doctrinario, dogmático y casuístico que redundará en una propuesta doctrinaria de positivización.

1.3.2. De acuerdo con el diseño de la investigación

De acuerdo con el diseño de la investigación, el nivel o alcance que tendrá la investigación proyectada es de enfoque mixto **explicativa-causal y propositiva**; puesto que estudia los fundamentos dogmáticos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en el ordenamiento jurídico peruano, específicamente en la legislación societaria, cuando exista

créditos sociales, es necesario establecer relaciones a nivel normativo, dogmático, casuístico que describan las posibles falencias en el sistema normativo y político relativo al tema, para posteriormente argumentar el porqué de la necesidad de una positivización.

1.3.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque de la investigación es el **cualitativo** debido a que su objetivo fue el análisis de las unidades señaladas en el acápite anterior a partir de las cualidades propias que le son útiles al Derecho; escapa a la investigación experimental y a la empírica, porque no se va a trabajar con grupos de control ni variables, no va a realizar experimentos ni basará su fundamentación en experiencias fácticas del investigador o que el investigador deba obtener a partir de la observación directa; sino que analizará diferentes documentos que contengan la doctrina, jurisprudencia, normatividad y casuística que servirá de referencia a la investigación para obtener una posición clara y definida acerca la inclusión de la figura de la despersonalización en el ordenamiento jurídico peruano, cuando exista créditos societarios.

1.4. Hipótesis

Los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, derivados del fraude a la ley o abuso del derecho, son:

- a) La uniformidad en la aplicación de criterios jurisdiccionales comerciales-societarios a nivel nacional, derivada de la tipificación de la figura de la despersonalización.
- b) La garantía de tener seguridad jurídica, derivada de la incorporación de la despersonalización como dispositivo normativo.
- c) La predictibilidad del derecho derivada de la inclusión de la despersonalización en la legislación societaria.

1.5. Objetivos

1.5.1. General

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales.

1.5.2. Específicos

- a) Elaborar el contenido y alcances de la figura de la despersonalización a partir de los contenidos del hermetismo societario y la responsabilidad limitada.
- b) Analizar principios rectores como la predictibilidad del derecho, seguridad y uniformidad jurídica.
- c) Desarrollar las circunstancias jurídicas societarias que genera la presencia de créditos sociales derivados del fraude a la ley o abuso del derecho.

d) Proponer bajo qué presupuestos se ampararía la incorporación de la despersonalización como dispositivo normativo legal dentro de la legislación societaria.

1.6. Métodos

1.6.1. Genéricos

A) Método analítico-sintético

Se utilizó el método analítico, en tanto, se realizó una operación mental que permitió disgregar los fundamentos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en el ámbito societario, y luego de haberlos analizado individualmente, sirvió para determinar sus cualidades en relación al objeto de estudio y conclusiones llegadas en esta investigación.

B) Método dialéctico

A través de este método se analizó los conflictos que genera la discrecionalidad que tiene el juez, basado en una obediencia, únicamente, a la constitución y a la ley. Conociendo la realidad peruana y su alterada predictibilidad del derecho, es importante que una figura de aplicación tácita derivada de la jurisprudencia, sea regulada para concluir obtener una uniformidad de criterios en el ámbito jurisdiccional y lograr la predictibilidad del derecho, que es justamente el derecho que tiene todo justiciable.

1.6.2. Específicos del derecho

A) Dogmático

Es el principal método utilizado en la investigación, debido a que busca la interpretación del derecho en función de los conceptos que forman redes teóricas en un sistema, siendo que el tema abordado en la tesis es el análisis de la norma existente, comparación con la doctrina y la jurisprudencia; que servirán para determinar una nueva perspectiva del derecho mercantil, teniendo en cuenta factores sociopolíticos; por tal sentido, este método es de gran importancia porque permitió el estudio e investigación de la doctrina y el derecho, con la finalidad de realizar abstracciones relacionadas con la inducción, deducción, análisis, síntesis, ponderación y comparación con el propósito de obtener nuevos postulados.

B) Hermenéutico

Como complemento del método anterior, que se centra en el análisis que debe darse a la doctrina del velo societario frente al hermetismo societario, los principios fundamentales que se encuentran inmersos y las distintas concepciones doctrinarias al respecto.

C) Argumentación Jurídica

Se utilizó la argumentación jurídica para explicar la teoría del velo societario, los fenómenos y hechos de la aplicación de

esta figura en la jurisprudencia peruana, para redundar en una propuesta de tipificación de la persecutoriedad de créditos societarios. La argumentación es, en el lenguaje científico, una herramienta básica y esencial para avalar una conclusión; en ese sentido, el método argumentativo sirvió para sustentar los fundamentos dogmáticos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales.

D) Histórico

Fundamental para la investigación, en cuanto “[...] permite el hacer retrospectivo para, desde ella, recobrar la perspectiva de lo que se hace”. (Aranzamendi Ninacondor, 2010, p. 180). En la investigación se ha localizado y recopilado fuentes bibliográficas que permitieron analizar y sintetizar los fundamentos jurídicos para la regulación de la despersonalización.

1.7. Técnicas

1.7.1. Recolección documental

Debido a que el estudio es cualitativo, no empírico y no experimental, la única técnica de recolección de datos fue la revisión de documentos con contenido de doctrina y jurisprudencia respecto al tema.

1.7.2. Fichaje

Para la elaboración del presente trabajo se ha utilizado principalmente el fichaje, en tanto esta técnica, ha permitido acumular datos, recoger ideas y organizarlo de forma ordenada en un fichero; lo cual, ha servido como fuente constante de información, creciente y flexible para plasmarlo en el desarrollo de la tesis.

1.7.3. Argumentación

Para elaborar el análisis estructural del trabajo se empleó argumentos doctrinarios, logrando una investigación eficaz.

1.7.4. Análisis documental

Una vez recopilada la documentación señalada anteriormente, se procedió a analizar los fundamentos dogmáticos que justifican la regulación de la despersonalización.

1.8. Instrumentos

1.8.1. Hoja de ruta

La hoja de ruta se utilizó como instrumento para la aplicación de la técnica de revisión documental.

1.8.2. Ficha bibliográfica

Mediante el empleo de fichas de registro y de investigación (textuales, resúmenes y comentarios referida a libros, revistas,

periódicos, publicaciones virtuales, así como casuística en torno al tema de investigación), se logró la recopilación de la información de interés para el presente estudio.

1.8.3. Ficha de registro

Para efectos de la observación documental y la técnica de fichaje, se realizó a los libros, revistas, periódicos, publicaciones virtuales, casuística, etc.

1.9. Estado de la cuestión

A la fecha encontramos artículos que nos sirven como base académica para realizar nuestra investigación, pero no se ha podido encontrar una investigación específica en el tema propuesto, por lo que nuestra investigación es propia en la forma de abordarlo, y en la posición final que asumimos. Como alcanzamos a expresar, esta investigación no encuentra antecedentes directos de estudios, tratados o investigaciones acerca del tema específico en cuanto la despersonalización de créditos societarios; en ese sentido, afirmamos esto después de haber revisado las diversas bases de datos de las universidades privadas y nacionales, tales como la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Mayor de San Marcos, la Universidad Privada del Norte, a través de sus portales virtuales; asimismo se hizo la consulta con términos del título, en el portal web de Registro Nacional de Trabajos de Investigación⁶y, en el caso de las Universidades Antonio Guillermo Urrelo y San Pedro de la

⁶ Portal web: <http://renati.sunedu.gob.pe/>

ciudad de Cajamarca en sus respectivas bibliotecas; así como, en la biblioteca de Derecho y Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTO IUSFILOSÓFICO DEL TEMA INVESTIGADO

La teoría filosófica del derecho que se optó en la presente investigación, es el positivismo jurídico incluyente, ello, en medida de que, el tema desarrollado abarca un aspecto propositivo de tipificación respecto una teoría doctrinaria que ha sido aplicada por el órgano jurisdiccional; sin embargo, no existe parámetros o lineamientos para aplicarla, y es potestad del juzgador ajustarse o alinearse a lo referido por dicha teoría. Es decir, queda a potestad del aplicador del derecho (discrecionalidad del juez) valerse de la teoría del velo societario para resolver un caso en concreto que no ha sido tipificado o, por el contrario, avalarse en la discrecionalidad del juez (de estar sometido únicamente a la constitución y a ley, mas no, está sometido a la jurisprudencia), para aplicar los principios de la impenetrabilidad del patrimonio personal de los socios y de la responsabilidad limitada de la sociedad (empresa), para decidir no aplicar la teoría de la despersonalización de créditos sociales (levantamiento del velo societario).

Siendo el eje central de la investigación lo detallado anteriormente, es aplicable como aspecto de conocimiento filosófico, el paradigma del positivismo jurídico incluyente. Esto avala que, luego de ejecutoriada la proposición de la investigación (tipificación), quede una gama (libertad)

abierta para el juzgador (juez) aplique valores, principios y aspectos morales, según el caso en concreto, lo cual se realizará, de *ultima ratio* y de forma excepcional, luego de ordenar la persecutoriedad de créditos sociales, en circunstancias de abuso del derecho o fraude a la ley.

Por el contrario, ni la teoría iusnaturalista ni la teoría netamente positivista, son aplicable al caso investigado; la primera, porque, como señala Julieta Marccone, citando a Bobbio,

el derecho natural no solo se distingue del derecho positivo (el derecho positivo es el derecho creado por los hombres, concretamente por el Estado), sino que además es superior a este porque emana de una naturaleza divina o racional (según los diferentes autores) que determina lo justo y lo válido en términos universales, esto es, con independencia de los dictados particulares de cada Estado. (2005, pp. 124-125).

No se trata de un derecho creado por el hombre, con aplicación en aspectos concretos y estrictamente regulados, ni apostamos por aquel derecho “superior” con carácter de divinidad, tratando de convertir lo arcano o ciencia oculta a la ciencia jurídica; donde, igualmente, un hombre determine lo justo y valido solo por convicción. Respecto, esto último, en parte se comparte la ideología jurídica del maestro Juan García Amado que en una exposición realizada en la Asunción - Paraguay⁷, señalaba, grosso modo:

Esto que hacemos los juristas, los que trabajamos con el derecho: ¿Se parece más a una ingeniería o se parece más a la labor de los sacerdotes?... Cuántas teorías desde el origen de los tiempos han

⁷ Organizado por el Colegio de Abogados del Paraguay, el Instituto Panamericano de Derecho Procesal - Capítulo Paraguay; realizado el tres de abril de dos mil diecinueve, evento transmitido por redes sociales.

tratado de revestir el derecho de esos ropajes míticos, de decir que esto roza con lo sagrado, que la dogmática jurídica se da la mano con la teología, que esto es una labor para iniciados, para personas excepcionales, que hay que tener o saber intuiciones extraordinariamente profundas, etc. Bueno, yo no creo en eso...

Continúa en su exposición,

queremos jueces que se consideren delegados del más allá, representantes del orbe divino, hechiceros, chamanes, espiritistas...

Yo modestamente, ... preferiría que mi caso se resolviera lanzando una moneda a cara o cruz, porque al menos la moneda es imparcial, mientras que ese juez que dice que ponderó, que escuchó la voz del legislador, que tiene acceso a los verdaderos contenidos morales, que conoce desde dentro e íntimamente y que cada día se roza de cerca con los supremos principios constitucionales.

Acogiendo, un poco, la posición de Juan García Amado, el derecho no es una teoría espiritista, ni debe estar dirigido solo para personas excepcionales, que hay que tener o saber intuiciones extraordinariamente profundas, ni debe estar revestido con carácter de divinidad; es decir, no es potestad del aplicador del derecho que determina lo justo y lo válido (en términos universales) para el resultado de un caso.

Es así que, según nuestro sistema civil, el legislador no tiene facultades para regular o crear leyes, como en el caso de aplicar teorías doctrinarias con el aval de una jurisprudencia, considerada (nuevamente por teorías) como norma implícita, sino que su decisión se debe de basar en tipificaciones realizadas por el legislativo; sin embargo, es

imposible que se regule toda actividad del ser humano, es por ello, en casos de hechos sociales complejos, puede incluirse criterios morales con contenido en principios y valores.

Si el positivismo no es el punto de vista según el cual el derecho no posee necesariamente valor moral, y los sistemas jurídicos perversos, absolutamente desprovistos de todo valor moral que pueda redimirlos, son conceptualmente posibles, entonces, ¿qué es el positivismo jurídico? Si la teoría iusnaturalista no es el punto de vista para el cual hay un, derecho superior, que define una pauta fundamental y objetiva de justicia a la que el derecho humano solo puede violar al costo de que se le niegue el estatus de derecho válido, entonces, ¿qué es lo que los iusnaturalistas han estado tratando de decirnos?

Así, esta teoría del positivismo incluyente, tiene como ventaja, que permite hacer una crítica ius-filosófica y ius-sociológica, entendiendo sus dos grandes concepciones; una como la conexión del derecho y la moral, además de la relevancia de la tipificación con contenido de principios y valores.

La presente investigación se centra en un punto de gran relevancia como es el derecho a la libertad de empresa, el hermetismo societario y los privilegios de la responsabilidad limitada, frente a los efectos o consecuencias que se le pueda generar al ciudadano, o más específicamente al acreedor; pues siempre y cuando los créditos

sociales hayan sido declarados impagos por construcciones legales para evadir su cumplimiento; es decir, que haya sido intencionalmente lo que han llevado a generar dichos créditos, debe el derecho actuar y regular las circunstancias para evitar estas conductas que transgreden la ley o abusan del derecho, y justamente la solución a la referida situación, es tipificar la persecutoriedad o despersonalización de créditos sociales, basados en los atributos de la teoría del positivismo incluyente.

Postura desligada del clásico positivismo jurídico, dado que, para este, el derecho principalmente se centra en la forma de la norma y la existencia de cuerpos normativos: “[...] el Derecho es creado y la existencia de las normas jurídicas depende de la ocurrencia de hechos contingentes de creación... El Derecho, pues, no se identifica por su contenido, sino por su forma” (Aguiló, 2018, p. 26); mientras que, la teoría del positivismo incluyente, busca un equilibrio entre la norma tipificada y la libertad de fundamentación del aplicador del derecho, en casos de hechos sociales complejos, como la problemática que se planteó en este trabajo, puede incluirse criterios morales con contenido en principios y valores.

Por ello, buscar un equilibrio entre diferentes derechos de personas naturales y/o jurídicas en disputa, se requiere tener en cuentas valores y la propia norma; pues es la razón que el presente trabajo esté vinculado con el positivismo incluyente, ya que en sus procedimientos prevalece el paradigma de los valores y principios: “En el derecho hay fuentes (hechos y actos credos de normas), pero no todo el Derecho está

basado en fuentes. Hay normas cuya validez no descansa sobre sus criterios formales, sino materias”. (*Ibídem*, p. 27).

De ese modo, en este trabajo, se ha optado por un aspecto iusfilosófico, de modo positivismo jurídico incluyente; puesto que como ya habíamos señalado, el positivismo jurídico incluyente se caracteriza por sostener que las pautas de moral política, pueden jugar un papel (y de hecho lo hacen, de diversos modos) en la iniciativa de establecer la existencia, contenido y significado de los dispositivos legales con validez (es decir, leyes producidas por el hombre, a través del aparato legislativo o la práctica consuetudinaria) a través de la confluencia también de valores y principios.

En síntesis, se concibe, se adhiere a esta teoría porque se trata de involucrar un discurso de equilibrio entre teorías que solo se acogen a la tipificación netamente o aquella permisón o liberalismo en la decisión adoptada solo por el aplicador del derecho. En esta directriz, será posible determinar la existencia, el contenido o su significado de las leyes positivas válidas; no obstante, y pese a que esta postura se acerca, hasta el punto de casi confundirse, con una versión de la teoría iusnaturalista; el positivismo jurídico incluyente, permite adoptar tesis centrales del positivismo clásico, adecuadas a la teoría aplicada a la investigación.

Es así que, en una teoría mixta, permitirá conocer adecuadamente la problemática del caso en concreto, donde se busca entender las atribuciones que tienen los grupos de poder (sociedades de capital), frente a grupos vulnerables o menos fuertes (acreedores); esto es enfrentar los privilegios de la responsabilidad limitada frente a los derechos de los acreedores; donde se concluye, una imperiosa necesidad de tipificar la aplicación de la despersonalización de créditos societarios, permitiendo amplia posibilidad de que el juez, en el caso concreto que esté evaluando, aplique criterios de moral, valores y principios, pero siempre en sombra de una orden tipificada, siendo el único aval para que exista predictibilidad del derecho e uniformidad jurisprudencial; en tanto nuestro sistema legal no cambie.

2.2. ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RELATIVOS AL PROBLEMA

2.2.1. Delimitación del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa

Esta investigación, trata de una u otra forma, enfrentar derechos entre el acreedor y la libertad de empresa en la modalidad de la responsabilidad limitada; es así que, para conocer ambos aspectos, es necesario tratar, justamente, el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa y sus efectos que abarca constituir una persona jurídica frente a responsabilidades contractuales a favor de un tercero acreedor de buena fe.

En ese sentido, en principio, es menester detallar de forma breve, los conceptos de persona natural, persona jurídica y personalidad jurídica; para luego, enfocar estrictamente las tratativas del derecho a la libertad de empresa, haciendo un parangón entre empresa y sociedad. Esta línea de estudio, es necesaria tenerlo claro, para así, entender la evolución de la sociedad mercantil, y comprender la libertad de empresa, su derechos y efectos; partiendo de ello, se emitirán postulados que dinamicen una correcta relación entre sociedad, la institución comercial y los derechos del acreedor buscando un equilibrio de poderes; lo cual redundará en los fundamentos jurídicos que justifican la permisión de la despersonalización en el ámbito mercantil.

Clásicamente, se ha tenido un concepto bastante aceptado, que, por cierto, aún mantiene vigencia en la actualidad; el cual consiste en que la persona natural es responsable personalmente de las deudas y obligaciones frente a una empresa; mientras que una persona jurídica, las deudas u obligaciones se limitan a los bienes de esta. Sin embargo, la sociedad ha evolucionado, y no es época de quedarnos con los conceptos clásicos, sino se debe de tener perspectivas con visión futuristas para evitar conflictos entre personas naturales con personas jurídicas o entre personas análogas entre sí.

Es importante tener en cuenta la forma organizativa de los derechos protegidos por la Constitución peruana, liminarmente y de forma escueta podemos afirmar que, la referida constitución tiene un tratamiento inorgánico, desordenado, en tanto, reconoce los derechos fundamentales de forma difusa, dispersa en varios artículos del texto constitucional; para poder determinarlos, se puede advertir una clasificación de tres índoles: los derechos fundamentales expresos, implícitos y nuevos.

Los derechos fundamentales expresos (específicamente los enumerados en el artículo 2), son aquellos que taxativamente se encuentran en la Carta Magna; por su parte, los derechos fundamentales implícitos, son aquellos que derivan o están dentro de los derechos expresos (como es el caso del plazo razonable, que pese a no encontrarse textualmente en la Const., su contenido es implícito dentro del derechos al debido procedimiento); y, finalmente, los derechos fundamentales nuevos, considerándose una categoría polémica y muy debatible en la doctrinita; sin embargo, la posición adoptada en esta investigación, es considerarla esta clasificación como aquella que reconoce derechos que no se han tenido en cuenta en otras clasificaciones, pudiendo ser aquellos derechos justamente reconocidos a la persona jurídica, en equilibrio de los derechos que tiene la persona humana.

Con base a lo expuesto, y según la clasificación indicada, es conveniente referirnos al artículo 1⁸ y el artículo 2⁹ de la Constitución Política del Perú, que hacen referencia taxativa a la persona humana y su protección lo hace en torno a esta; sin embargo, seguidamente, en su artículo 3, establece:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

En esa directriz, en una época tan moderno, con avance tecnológico, científico y en realidad en todo aspecto, con eventos impensables como la pandemia producida por el SARS-CoV-2 (covid 19), hace que nos planteemos y se proteja nuevos derechos fundamentales, que no están alejados a los derechos de las personas jurídicas, que casi se equipararan a los derechos de los seres humanos, recuérdese que se reconoció el derecho al honor, a la buena reputación de la personería jurídica¹⁰.

⁸ “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

⁹ Prescribe que, “Toda persona tiene derecho: [...]”.

¹⁰ En este trabajo, no corresponde profundizar respecto los nuevos derechos que reconoce el Tribunal Constitucional, no obstante, es de suma importancia tenerlos en cuenta, en tanto, en el desarrollo del trabajo se hace un desarrollo doctrinario enfrentando los derechos esenciales de la persona jurídica y los derechos de un tercero que puede recaer en persona natural y/o jurídica.

Así, el máximo intérprete de la Constitución señaló que, “[...] aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, este no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la “imagen” que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En

En ese sentido, no debemos olvidar que el Tribunal Constitucional peruano, en el afán de reconocer nuevos derechos, al menos dando un enfoque distinto a lo acopia en la base normativa interna, a través de su jurisprudencia, específicamente en la sentencia derivada del expediente n.º 02432-2007-PHC/TC¹¹ (considerando 10), el TC reconoce a la persona jurídica como nuevo derecho humano no enumerado en la Constitución, pero sí en el artículo 16 del Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Recapitulando, desde un enfoque constitucional y legal, tenemos que la vida inicia con la concepción y la persona humana es un sujeto de derecho desde su nacimiento (artículo 1 del Código Civil); mientras que, la persona jurídica, como constructo jurídico - legal, se determina por las disposiciones legales, su existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, comienza el día de su inscripción en el registro respectivo; 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 76 a 78 del referido cuerpo normativo).

consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación [...]” Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente n.º 0905-2001-AA/TC.

¹¹ Se puede acceder al contenido integro de la sentencia en el siguiente enlace: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02432-2007-HC.pdf>

En ese orden de ideas, si la Constitución ha concedido ciertos derechos al ser humano, como persona natural, ya sean expresos o implícitos, e incluso los nuevos derechos fundamentales que el máximo intérprete de la Constitución está reconociendo; debe guardarse una relación lógica con los derechos de la persona jurídica. En otras palabras, el texto constitucional, establece que toda persona tiene derecho, entre otros,

A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

No obstante, pese a otorgar un conjunto de derechos, como la de participar asociadamente, en aspectos económicos, sociales y culturales; por otro lado, no reconoce los derechos fundamentales de la persona jurídica, pese, además, que la propia Constitución le crea el cauce, señala el sendero para lograr sus fines. Es así que, la persona jurídica como derivación de la voluntad de la persona natural, debería de tener protección fundamental, reconociendo el derecho a la tutela jurídica de orden constitución.

En ese sentido, no debemos perder de vista que, si la persona jurídica nace de la voluntad, necesariamente, del ser humano (persona natural), por una permisión legal (su existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica se determina por disposiciones legales), las

consecuencias negativas o positivas, derivan -en sí- de la voluntad de la persona natural, que tiene las riendas de la sociedad; por tanto, también deberá de responsabilizarse de los pasivos, a las personas naturales que forman parte de ese constructo ficticio llamado persona jurídica. De esa manera, si existe una esfera legal de protección a la persona jurídica, y se tiene claro que su funcionamiento deriva de la voluntad humana, deberá de existir dispositivos legales que protejan los derechos de terceros perjudicados, cuando las personas naturales asociadas (bajo el toldo de persona jurídica) generan créditos sociales por abuso del derecho o fraude a la ley, para lograr la paz social en derecho.

A. Persona natural

Como persona natural debemos entenderla y referirnos a aquel sujeto físico (masa corporal), haciendo desde ya diferenciación de persona natural con negocio. Luego de la sumárisima aclaración, se puede aducir que, en el universo, obviamente todo gira en torno a la persona natural, sin duda, es la piedra angular de la disciplina jurídica, ya que todo gira entorno de esta.

Persona, es un término usado por el derecho, y que merecen tal calificación todos los seres humanos. “Por dicha razón a la persona se le percibe en la actualidad como la creadora,

destinataria y protagonista del derecho”. (Fernández Sessarego, 2002, p. 2). Es así que, se expresa como la manifestación externa de una realidad interna, Ermo Quisbert entiende por persona a

aquel ser que tiene aptitud para intervenir en una relación jurídica como actor o pretensor o como sujeto obligado (escuela francesa). Persona es aquel ser o ente, a quien el ordenamiento jurídico le reconoce voluntad para ser titular de derechos subjetivos y de deberes (escuela alemana). Persona es todo ser o ente de derechos y deberes. (2010, p. 2)

Por lo que, “persona es aquel ser o ente con voluntad que tiene derechos y deberes fruto de sus relación[es] con sus semejantes”, (Quisbert, 2010, p. 3).

En la medida que esas relaciones interesan al Derecho, la persona humana se convierte, en el mundo de lo jurídico, en un sujeto de derecho y obligaciones (...) instrumento creado en función del ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico aquella porción de fines de su existencia que el Derecho se ha encargado de proteger, a través del ordenamiento jurídico. (Treviño García, 2002, p. 28)

En afán de conceptualizar y entender mejor lo que se refiere por persona, han surgido varias teorías, en este trabajo se verá de forma muy somera, pero suficiente para comprender el actor principal de los actos jurídicos, las teorías que nos referiremos son: la formalista, la realista, la ecléctica, y la concepción tridimensional.

Por su parte, la teoría formalista, en sus inicios, adoptaba la concepción de que el derecho se reducía a los dispositivos legales, considerando que la persona, como sujeto de derecho, debía obediencia a dicho dispositivos; por tanto, la persona se desarrollaba en el campo normativo. Así, esta teoría entiende a la persona como una construcción lógico-formal; siendo un conjunto de normas de categoría jurídica formal.

Mientras tanto, el maestro Fernández Sessarego haciendo mención al jurista argentino Guillermo Borda indica que, persona no es un centro ideal de imputación de normas, representa una unidad de una pluralidad de normas. Lo que significaría que el derecho como sistema normativo, no crea a la persona. En la misma línea de pensamiento Ferrara, uno de los juristas más representativos de esta corriente, considera que persona, sea individual o colectiva, no es una realidad, un hecho, sino una categoría jurídica formal. (Fernández Sessarego, 2002, pp. 15-17).

En síntesis, lo que esta corriente propone es que todo se resume a la positivización de las normas, es decir, depende del ordenamiento jurídico conceder la categoría de persona, ya que como se ha visto en una determinada etapa de la historia, al esclavo no se le consideró como persona, he ahí que el

derecho positivo determino quien es o quien no ostenta el título de persona. Por tanto, llamar persona, dependería del ordenamiento jurídico positivo, pues este determina quienes lo son.

En respuesta a la teoría formalista, la teoría realista, no acepta a la persona como resultado del ordenamiento jurídico, por el contrario, refiere que se constituye como realidad natural, señalando que la persona no es más que el ser humano en sí, donde la normatividad debe adecuarse a la realidad preexistente.

En ese directriz, se rechaza la tesis de que la persona sea solo un concepto jurídico y que, por lo tanto, no implique ninguna condición de corporalidad o espiritualidad. Por el contrario, se sostiene que la persona es el hombre, el ser humano en cuanto tal, que posee total independencia con la positivización el derecho, significando que la calidad de persona es inherente al ser humano por la propia naturaleza. (*Ibíd*em, p. 17). En conclusión, esta teoría considera que, la persona no es un producto o resultado del ordenamiento jurídico positivo, es decir, una categoría abstracta y formal, sino que ella se constituye como una realidad natural, es decir como un objeto real. De ahí que no hay más persona que el “ser humano” en cuanto tal.

Por otro lado, la teoría ecléctica, prefiere converger puntos en común y de ambas teorías armonizar para complementar el concepto de persona, constituyendo, esta, en un ente o elemento formal y a la vez material. Toda vez que, no puede existir cualidad jurídica sin un soporte o sustrato real, ni tampoco puede ser solo lo real, sino que también se requiere del reconocimiento normativo; es decir, esta corriente postula que a la persona como el sustrato con la aptitud que le atribuye el ordenamiento jurídico.

Por su parte la concepción tridimensional, critica las teorías precedentes, por cuanto en ninguna de ellas se habría tomado en cuenta a la persona como ente de derecho; es decir, no se ha acuñado un concepto aludiendo el elemento axiológico; así esta corriente entiende a la persona como “[...] un ser humano viviente, que valora para proyectar su vida, situado en una relación jurídica con los demás, la que es regulada por normas jurídicas que le atribuyen una determinada situación jurídica subjetiva, es decir, un plexo de derechos y deberes”, (*ibídem*, p. 19), donde claramente, esta teoría muestra un concepto de persona que armonice con la realidad del derecho.

En este punto, es necesario diferenciar entre sujeto de derecho y persona, “[...] cuando nos referimos a un derecho concreto, por ejemplo, si es dueño de una cosa, su derecho es

concreto, entonces se lo debe llamar sujeto de derecho”, (Quisbert, 2010, p. 3), entonces se puede entender que es un sujeto de derecho aquel “ente al cual se le imputan situaciones jurídicas subjetivas, es decir, derechos y deberes”¹², (Fernández Sessarego, 2002, p. 19). En cambio, se denomina persona cuando nos referimos a una aptitud abstracta de ser titular de un derecho¹³. (Quisbert, 2010, p. 3).

B. Persona jurídica

Persona jurídica, es un término acuñado en la disciplina jurídica, entendida de forma distinta a hombre o ser humano, al ser físico. Esta disciplina lo entiende como aquel sujeto de derecho que “[...] no siempre actúa; basta que tenga la posibilidad de hacerlo; es suficiente que tenga la aptitud de realizar actos jurídicos (celebrar contratos, testar, comparecer en juicio, etcétera)”. (Tamayo y Salmorán, 1986, p. 85).

Esto significa que se constituye en un sujeto de derecho, conformado por una o más personas naturales. “La persona jurídica nace de un acto de constitución y es a partir de ese acto que se puede constituir como corporación, asociación,

¹² El maestro Fernández Sessarego, señala “que ‘persona’ es el sujeto de derecho. Sujeto de derecho, bien lo sabemos, es el ente al cual el ordenamiento jurídico positivo de cada país le atribuye ‘situaciones jurídicas subjetivas’, vale decir, un plexo de derechos subjetivos y de deberes” (Fernández Sessarego, 2002, p. 19)

¹³ “Por ejemplo, realizar una compra o un matrimonio en un futuro más o menos cercano; el derecho todavía no está determinado, sino solo está en forma abstracta”. (Quisbert, 2010, p. 3)

fundación o sociedad, según el fin que tenga” (García Fernández, 2014, p. 315)

Es necesario tener en cuenta la posición de Kelsen, que considera que no hay diferenciación entre persona natural y persona jurídica, ya que, para este autor, solo existe la persona jurídica, indicando que la persona natural es individual, mientras que la jurídica es colectiva. Ante la pluralidad de posiciones, es necesario citar algunas teorías que delimitan la conceptualización de esta figura; entre otras teorías se tiene a: la teoría de la ficción, teoría de la realidad, y teoría del patrimonio-afectación.

La primera teoría se basa en la ficción de vida que se le da (a través del ordenamiento jurídico) a una creación (persona jurídica) del derecho, donde “la personalidad se basa en la voluntad de los seres como premisa fundamental para ser personas por lo que una persona jurídica deberá contar con un representante legal que pueda manifestar la voluntad”. (García Fernández, 2014, p. 317).

La teoría de la realidad, “parte de la idea de que una persona jurídica es una realidad concreta preexistente a la voluntad de las personas físicas, es decir, la figura legal de persona jurídica existe con anterioridad a la idea de la persona física”.

(*Ibíd*em, p. 318). Al tener existencia por si misma se convierte en sujeto de derecho con capacidad independiente de la persona natural que es parte.

Por último, la tercera teoría, se refiere que,

cuando exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado, se estará ante la presencia de un patrimonio en cuanto que se constituye una masa autónoma organizada jurídicamente en forma especial. En consecuencia, para que se tenga un patrimonio por afectación, se requiere que exista forzosamente un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin y que ese fin sea de naturaleza jurídico-económico. (*Ibíd*em, p. 318)

C. Personalidad Jurídica

Personalidad es una cualidad jurídica que debe acceder a determinado sustrato que es la persona (como cualidad abstracta), que se expresa de forma concreta, es decir una concreción en una determinada forma de la persona. Para dar un concepto más acertado, la doctrina ha desarrollado determinadas corrientes: i. Doctrina del alma colectiva, personalidad como carácter de persona humana. ii. Doctrina del órgano espiritual, personalidad dota de una conciencia y voluntad, constituida en una unidad moral. iii. Doctrina de la realidad, la personalidad es una concepción de la realidad social, que lo fundamentan la teoría sociológica y las doctrinas organicista, y de la intuición.

Por otro lado, pero en la misma línea de pensamiento, se entiende a la personalidad como

la aptitud legal de una persona para ser titular de esos derechos y deberes. La personalidad es una cualidad jurídica, es una condición para ser titular de esos derechos y deberes. La personalidad es esa cualidad, es esa aptitud que le otorga el ordenamiento jurídico a la persona. (Quisbert, 2010, p. 3)

De lo expuesto, se puede colegir que tanto la persona natural como la persona jurídica constituyen sujetos de protección por el derecho, en el trabajo que nos invoca entonces, se verá que entre estos sujetos (persona natural vs persona jurídica, como derecho del acreedor y derecho comercial) en algunas situaciones colisionan; por tanto, el ordenamiento jurídico será el encargado de regular y prever dichas situaciones con la finalidad de brindar armonía social en justicia. Por ello, mediante este trabajo se propone, desde un enfoque doctrinario, la importancia de positivizar la despersonalización en el ordenamiento jurídico, ello significa evaluar la prevalencia del derecho de la persona natural sobre la de las personas jurídicas (empresas) cuando exista créditos sociales. No olvidando que ambos son sujetos de derecho, por lo que se pretende proteger a la parte más débil, pero no vulnerando los derechos de la otra parte.

D. Derecho a la libertad de empresa

En este acápite, se abordará principalmente a determinar la esencia del derecho a la empresa, sus fundamentos y normatividad, también veremos jurisprudencia. Todo ello, con la finalidad de tener una postura clara, con visión panorámica, para discutir la aceptación de la despersonalización en el ordenamiento jurídico, lo que significa romper el hermetismo societario, y perseguir los créditos sociales a los que conforman la empresa e incluso a terceros.

El derecho a la libertad de empresa, sin duda es un tema trascendental, a pesar la disparidad de concepciones y la lejana unanimidad de criterios para definirlo; sin embargo, creemos que resulta de gran envergadura plasmar las principales manifestaciones de la misma, destacando su real importancia en el derecho comercial, corporativo y constitucional.

El derecho invocado, está consagrado por Carta Magna en el artículo 59, que literalmente plasma: “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 públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en

tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”¹⁴.

En busca de un equilibrio entre el derecho del acreedor y la libertad de empresa constituida en la modalidad de responsabilidad limitada, “[...] y por la propia naturaleza del derecho, en algunos casos será necesario proteger a la parte más débil o la posiblemente vulnerada, no por una situación antojadiza, sino para garantizar la función social en paz” (Fernández Silva, 2018, p. 64). En esa directriz, analizaremos qué constituye la libertad de empresa en nuestra legislación; como se mencionó líneas atrás, es un derecho reconocido por la Constitución, a favor de los empresarios. Así pues, teniendo en cuenta lo expresado por Javier Pérez Royo, citado por Manuel Rodríguez¹⁵, “la libertad de empresa es calificada por la doctrina como un tipo del género de los derechos fundamentales, aunque un derecho fundamental ‘sui generis’, porque su contenido es difícilmente delimitable”, (2000, pp. 563-564), ciertamente por las características propias de la empresa es que se hace imposible catalogar el contenido de la

¹⁴ Cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. (STC n.º 01405-2010-PA/TC)

¹⁵ En artículo titulado “El contenido esencial de la libertad de empresa. Algunas consideraciones jurídicas”.

misma, no puede tener un contenido fijo, con características de *numerus clausus*.

En el Perú, que constitucionalmente se reconoce el régimen económico de economía social de mercado, protege libertades, entre ellas a la libertad contractual, la libre iniciativa privada y la libre competencia. Este régimen favorece las fuerzas económicas, toda vez que actúa sin intervención del Estado, permitiendo que el mercado se maneje libremente con la oferta y demanda del mismo; sin embargo, el estado en algunos casos es necesario que intervenga¹⁶, claro está que tenga legitimidad, es el caso cuando la actividad empresarial transgrede derechos fundamentales, por tanto no debe de ser lesivo a la moral, a la salud ni a la seguridad pública; así pues al existir una transgresión a los derechos del acreedor, se considera permisible la intervención del Estado, creyendo conveniente la regulación con la finalidad de organizar el Derecho.

Basándonos en la Constitución, podemos establecer, que el Estado garantiza a todo peruano al derecho de generar riqueza y prosperidad para sí mismo y para los demás, por eso

¹⁶ El Estado como garante de la paz en derecho, es que debe prever que “[...] dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce”. (STC n.º 0008-2003-AI/TC)

el Estado no puede sin causa legítima impedir el desarrollo empresarial. Permittedose y garantizando a: la libertad de acceder al mercado, tener una organización social, la libre dirección empresarial, que básicamente está referida a permitir que sean representados por las personas de su elección e independencia en los órganos de gobierno, y por último permisión de la salida libre del mercado.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional recordó que el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa está compuesto por tres posiciones ius-fundamentales básicas:

Acceso. A través de la llamada libertad de fundación de una empresa, mediante la cual se garantiza la potestad de decidir no solo crear empresas, sino también actuar en el mercado, según la denominada libertad de acceso al mercado.

Auto-organización. A través del reconocimiento a la libertad de organización de la empresa, que garantiza al empresario la facultad de establecer los objetivos propios de la empresa, con el fin de dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del mercado.

Cesación. A través del cual se reconoce la potestad de decidir la salida del mercado de la empresa¹⁷. (Exp. n.º 3116-2009-PA-TC)

¹⁷ Tal como se puede comparar de la: STC 0032-2010-PI-TC; STC 1405-2010-PA-TC y STC 3075-2011-PA-TC.

Para el máximo intérprete de la Constitución, la libertad de empresa es

un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades y disfrutar de su rendimiento económico y satisfacción espiritual. (Exp. n.º 0011-2013-PI-TC¹⁸)

Por otro lado, la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no solo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58 y 59 de la Constitución. Así pues, “[...] 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”. (STC n.º 3330-2004-AA/TC).

Por otro lado, no debemos perder de vista el vínculo entre, la libertad de empresa y el derecho de los acreedores como tercero de buena fe, donde este último puede ser una persona, natural, o persona jurídica o incluso un derecho ganado de un trabajador o del propio estado por impuestos; igualmente se

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, del 29 de agosto de 2014, subsanado por el Exp. n.º 11-2013-PI-TC. Caso Ley de Protección a la Economía Familiar.

enfrente derechos de la empresa (deudora) y derechos de otros sujetos de derechos; ambos, están reconocidos en la Constitución. Respecto derechos del trabajador en la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. n.º 3330-2004-AA/TC, citando a Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, señala que,

así, el Estado no solo debe garantizar el derecho de acceder a un puesto de trabajo o a proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que, además, debe garantizar la libertad de las personas de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para su subsistencia. En tal sentido, el Estado debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia. Siendo así, a efectos de su protección, no existe diferencia alguna entre el individuo que se gana la vida como trabajador por cuenta ajena del que lo hace por cuenta propia y, por ello, sería una aberración afirmar que es más digno constitucionalmente hablando el trabajo dependiente que el independiente. (2003)

Si bien es cierto la libertad de empresa está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico por un nivel normativo superior a cualquier otro (según nutro sistema legal), no significa que puede usarse sin limitación alguna, anulando a la norma que se le enfrente¹⁹.

¹⁹ Baldo Kresalja, considerando la posición de Rivero, señala que “La búsqueda de un punto de equilibrio entre intervención estatal y libertad de empresa es el objetivo principal del denominado derecho público de la economía, materia de la que forman parte, principalmente, el derecho constitucional y el derecho administrativo; su énfasis mayor está en las intervenciones del poder público, las que, en cada momento histórico, suelen asociarse con una técnica característica: dirigismo, planificación, empresa pública, supervisión o regulación, técnicas dispares caracterizadas por su distinta intensidad y por los diferentes efectos que producen en el sistema económico, lo que deja un mayor o menor margen de libertad al sector privado”. (p. 28).

En este caso, se somete a una evaluación técnica primero, sobre el rango o categoría normativa de la norma que se le opone, y luego de si la norma anula el derecho o simplemente lo limita a intereses, principios superiores. Así el derecho a la libertad de empresa solo puede ser limitado por otro derecho constitucional, y no por un derecho de menor jerarquía. El Estado, la sociedad y la persona jurídica o natural está obligado a esto, como un imperativo categórico, e ineludible (Zambrano Torres, 2018)

2.2.2. Delimitación del contenido esencial de los derechos del acreedor

El derecho del acreedor en esta investigación está referida a aquella persona natural y/o jurídica que perjudicada por un incumplimiento contractual de otra persona, en este caso, de una jurídica netamente. Para la Enciclopedia Jurídica (versión *online*), el acreedor es aquel titular de un derecho de crédito, con

acción o derecho para pedir alguna cosa, especialmente el pago de una deuda, o exigir el cumplimiento de alguna obligación. Cabe decir también, la persona con facultad sobre otra para exigirle que entregue una cosa, preste un servicio o se abstenga de ejecutar un acto. (Enciclopedia online, 2020).

El acreedor, en calidad de sujeto activo (perjudicado), tiene la potestad de exigir el cumplimiento de la obligación, que tiene, en este caso, la persona jurídica. Entonces, el perjudicado, para ser

Consecutivamente y en relación al tema el mismo autor citando a Ricardo Rivero señala, “En estos momentos la regulación económica es probablemente la manifestación más significativa del intervencionismo, cada vez más preocupado por no entorpecer la libre iniciativa privada, sin descuidar los intereses públicos: armonizando servicio público y mercado”. (1999, p. 24).

Baldo Kresalja continua, y dice que “la regulación económica moderna no deber ser excesiva, de modo que ahogue la iniciativa privada, ni tampoco débil, de modo que permita el abuso del poder económico, pues debe preservar los intereses de los consumidores y usuarios y el logro de los objetivos del Estado social y democrático de derecho”. (p. 28).

acreedor, tuvo que haber un incumplimiento por parte de la empresa; principalmente, a raíz de un incumplimiento contractual ya sea verbal o escrito, pero acreditable.

En ese sentido, en el presente trabajo, la delimitación del contenido esencial que tiene el acreedor, es importante tenerlo en cuenta; pues, este derecho (del acreedor) deberá de ponderarse con el derecho del socio que creó una persona jurídica. El acreedor, ante la libertad de contratar que, protege la Constitución Política del Estado y en sí todo el ordenamiento jurídico, no puede verse perjudicado por argucias (a través de abuso del derecho y fraude a la ley) de los gobernantes de la una sociedad; es por ello que, el Estado debe de tutelar los derechos de este grupo en vulnerabilidad.

En síntesis, el contenido esencial del acreedor, tiene fuerte sustento en la materia contractual; por ello, a continuación, es prudente y necesario, referirnos a los contratos desde un enfoque constitucional, civil y específicamente del derecho empresarial o mercantil, para luego, detallar aspectos de la responsabilidad por el incumplimiento contractual en circunstancias, entre otras, de abuso y fraude a la ley.

A. Los contratos desde un enfoque del derecho constitucional

Nuestro sistema jurídico, considera a la Constitución como la máxima norma, que irradia sobre todo el demás ordenamiento jurídico. Esta norma suprema, por su alcance y trascendencia que tiene en el ámbito económico contractual, es fundamental que, desde la óptica de la Constitución, los principios jurídicos y la ley, estén alineados para proteger derechos del acreedor como parte más débil de una relación jurídica; más aún cuando en momentos como los actuales, donde se evidencian números casos de corrupción de alto nivel en las instituciones estatales con los órganos de justicia; donde los aplicadores del derecho, se someten a voluntades de las grandes empresas (personas jurídicas) y del poder económico en general; en esas circunstancias, se necesita limitar la discrecionalidad del juez, en aras de que este, sea imparcial y se logre la predictibilidad del derecho y la seguridad jurídica; para ello, el Estado asume roles que tienen gran incidencia en su quehacer y configuración.

En esa directriz, lo que se trata de hacer es compartir argumentos jurídicos que permitan la tipificación de la persecutoriedad de créditos sociales en situaciones en que exista ocultamiento del patrimonio social con abuso del derecho o fraude a la ley, para evadir el cumplimiento de las

obligaciones asumidos por la persona jurídica frente a sus acreedores.

La conformación y regulación jurídica de los contratos, en nuestro ordenamiento legal, desde el ámbito constitucional al de normas especiales y específicas, constituye uno de los aspectos fundamentales para poder enfocar el contenido esencial de los derechos del acreedor, frente a las obligaciones pactadas; sin olvidar que, es el Estado, quien tiene la obligación (función) de fiscalizar el cumplimiento de los contratos.

La doctrina del sistema jurídico, ha considerado al derecho constitucional como una rama del derecho público; y la idea de contrato, de naturaleza esencialmente civil y que por tanto forma parte del derecho privado. Cabe precisar que el acto jurídico, entendido como contrato, ha tenido gran influencia en materia constitucional, incluso gran parte de los estudiosos han tratado de justificar la existencia de la sociedad y del Estado, como derivados de un contrato; en tanto, estos, tendrían influencia desde el punto de vista teórico como desde el práctico. En el mismo sentido, Hobbes, conclusión que, por medio de un contrato o convenio, se forma la sociedad civil, siendo necesario un poder soberano ilimitado e irrevocable (Soberanes Fernández, 2019, p. 77).

No debe de perderse de vista que la ley es una fuente de derecho constitucional, vigente en el tiempo, y con valor incluso en distintos gobiernos políticos, las cuales las leyes representan los objetivos materiales de un Estado, por ello, es importante tener precisa la tipificación de los hechos sociales relevantes, con observancia en una correcta ley para la sociedad y no para un gobierno de turno, dejando que los políticos se ocupen de la política y de los defectos de los gobiernos.

Es propicio señalar que dentro de la Carta Magna, tienen estrecha relación con la política estatal del país en que rige, pero relacionada con otros preceptos que son simplemente leyes constitucionales, y ahora debemos añadir que fuera de la Constitución existen también ciertas leyes constitucionales, como son el llamado Reglamento del Congreso, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y algunas otras que para mejor distribución del trabajo se consideran como parte del derecho administrativo, cuando en realidad pertenecen al derecho constitucional. (*Ibídem*, pp. 83-84).

El inciso 2.14, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú ha establecido, que toda persona tiene derecho a “contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. Por su parte, el artículo 1351 del Código Civil,

señala: El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

De lo citado se extrae que, los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes (no obstante, existe excepciones); conforme hemos expuesto en el párrafo anterior y según el Código Civil, todos los contratos de derecho privado quedan sometidos a las reglas generales contenidas en dicho cuerpo legal. Con base a lo indicado, es lógico y coherente lo establecido en la Ley General de Sociedades, al no considerar a las sociedades como un contrato, en tanto de haberlo hecho, lo estaría subsumiendo en el artículo 1353 del Código Civil peruano²⁰, y se habría sometido la sociedad a las reglas de la norma sustantiva y perdería la esencia de la LGS.

En esa directriz, si bien es cierto, pese a que en el nacimiento de una sociedad, es un convenio, un acuerdo de voluntades; este acto, inscrito en el Registro Público es más que un contrato: es una entidad, es una persona, una persona jurídica, que tiene nombre, domicilio, nacionalidad, patrimonio,

²⁰ Régimen legal de los contratos
Artículo 1353 del CC

Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

ocupación o fines que perseguir, órganos, capacidad, voluntad y, como diría Ripert²¹, hasta lazos familiares, cuando hablamos de sociedades matrices y sociedades filiales.

De acuerdo al artículo 62 de la Carta Magna peruana,

La libertad de contratar garantiza 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 solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Infaliblemente, el dispositivo constitucional que se hace referencia, tiene conexidad con el derecho fundamental reconocido en el artículo 2, numeral 13, de la Constitución, respecto la asociación y la participación, individual y/o colectivamente, para actuar en la vida económica, social y cultural de la Nación, dispuesta también por el artículo 2, numeral 17 del texto constitucional²². Entendido el aspecto en

²¹ Según el profesor francés Georges Ripert, respecto la teoría de la personalidad moral o personalidad ficticia, en su libro *Tratado elemental de Derecho comercial*, señalaba que una sociedad, además de vida propia, tiene familiares comerciales.

²² Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

“17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”.

que la persona natural participa de forma asociada en la sociedad, también corresponde analizar las circunstancias contractuales y sus efectos de la suscripción de estas.

B. Los contratos desde un enfoque civil

Sin duda, para hablar de incumplimientos contractuales o la generación de créditos sociales, es de imperiosa necesidad tratarlo desde la perspectiva contractual de enfoque civil, en tanto, nace el tema central de la investigación por el incumplimiento contractual, que, a la vez, exige involucrar temática del acto jurídico.

De esta manera, se considera al acto jurídico como aquella manifestación de voluntad generadora de efectos jurídicos, patrimoniales y extrapatrimoniales; por ello, para que se genere una obligación y su incumplimiento implique el nacimiento de los créditos sociales, se ha tenido que partir de un acto jurídico. Si bien es cierto, las obligaciones son consideradas más amplias que el acto jurídico, esto es porque hay obligaciones legales u obligaciones de mandato unilateral, pero estas, no son consideradas en la presente investigación, sino, por el contrario, solo nos referiremos a las obligaciones contractuales derivadas de mutuo consenso.

En el derecho romano no se conoció el contrato de promesa en general, sino solo dos especies de esta: la promesa de venta y la promesa de mutuo. En el Código de Napoleón tampoco se reguló la promesa en sentido amplio, pero sí la promesa de venta, la cual se consideró como una venta cuando se determinaban la cosa y el precio. (Mario de la Madrid Andrade, 2016, p. 1)

El contrato en general, es una construcción jurídica, de mucha importancia, que se encuentra presente en nuestro día a día, y está presente en toda relación social; nada más, analicemos nuestras acciones diarias, desde despertar en un techo, tener servicios, tener veredas, poder tomar un vehículo e incluso suscribir contratos mercantiles, estamos haciendo contrato.

Es innegable la importancia que ha adquirido el derecho contractual en el mundo moderno. Como es sabido, los contratos constituyen la principal fuente de obligaciones a nivel mundial, por lo que en el entorno globalizado en el que vivimos, han adquirido una relevancia internacional inusitada. Lo anterior se constata con el número, cada vez más abultado, de instrumentos internacionales que intentan armonizar el derecho contractual en el mundo. (*Ibidem*, 2016, p. XXIII)

Que pueden tener sus consecuencias, ya sea si se contrata como persona natural o si se hace como persona jurídica, y las obligaciones asumidas debe cumplirse, de no ser así, el propio texto legal ha indicado mecanismos para repetir contra el deudor; sin embargo, existe circunstancias que no se ha regulado, como son los créditos en contexto del denominado velo societario, y por el presente, se postula argumentos

jurídicos de inclusión de la despersonalización para cumplir con las obligaciones de la persona jurídica.

Por lo indicado, es importante entender el contrato desde un enfoque civil, que es la materia madre que regula y delinea esta figura. Los maestros civilistas, la doctrina en general y el propio cuerpo normativo,

entienden por contrato al acuerdo de voluntades destinadas a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales; en tal sentido observamos que la nota característica de todo contrato es el acuerdo de voluntades que no es otra cosa que los acuerdos comunes reconocibles de las congruentes declaraciones y conductas de las partes. (Chang Hernández, parr. 2)

Por otro lado, Mario de la Madrid Andrade, haciendo referencia a Díez Picazo, señala que “[...] el concepto mismo de contrato se ha convertido en lo que ha denominado un super-concepto” (2016, p. xxiv); considera ello,

[...] porque las distintas legislaciones del mundo –y la nuestra no es una excepción– utilizan esa figura para regular de manera supletoria todos los negocios jurídicos que requieren un acuerdo de voluntades –como el matrimonio, entre otros–, así como las demás fuentes de obligaciones extracontractuales, como la declaración unilateral de la voluntad, las que nacen de los hechos ilícitos, del riesgo creado, del enriquecimiento sin causa, de la gestión de negocios, etc. (*ibídem*, 2016, p. xxiv)

Al respecto, quepa preguntarnos, en una manifestación de voluntad entre personas jurídicas o entre la persona jurídica y una persona natural, ¿quién la expresa?, siempre recaerá en una persona natural, que representa a la persona jurídica, y son sus actos los que dirigen o conducen el camino de la sociedad mercantil; es por ende, que la responsabilidad mutua, pese a que se haga en representación de un constructo legal (persona jurídica), recae en la persona natural, y cuando se ha generado créditos societarios, con la intención de incumplir las obligaciones; es decir, cuando el crédito derive de fraude a la ley o abuso al derecho, deberá de romperse el hermetismo social, la responsabilidad limitada y penetrar en el patrimonio de las personas naturales que asocia la persona jurídica incumplidora.

C. La responsabilidad por incumplimiento contractual

En la legislación peruana, la responsabilidad deriva de una máxima, o principio denominado, *pacta sunt servanda*, “[...] el cual significa que los acuerdos entre las partes o pactos deben cumplirse en sus propios términos, no pudiendo exigirse algo distinto de lo convenido salvo que ellas mismas, expresa o tácitamente acuerden modificar los alcances de lo convenido”. (Casación 1064-2016, Lima). En el derecho comercial, esta figura se emplea para obligar a las partes a cumplir lo que se disponga en los contratos que los vinculen.

Entonces, la fuerza obligatoria del contrato constituye la piedra angular del derecho de los contratos y por supuesto a todas las ramas especiales que lo implican. La tipificación de la obligatoriedad en el cumplimiento de los contratos no es vana, ni resulta ser extraña, pues deriva de la desconfianza de los ciudadanos para cumplir su palabra y se requiere de seguridad jurídica. Claro está que, los fundamentos sobre el mismo han sido variados, recuérdese que el Código Civil²³ tiene la postura de impedir la resolución de los contratos de forma unilateral, salvo que expresamente o que legalmente esté preestablecido; *contrario sensu* el cumplimiento del contrato es obligatorio y protegido por ley.

Además, se utiliza la regulación del contrato para establecer normas básicas que sirven a todo el ordenamiento jurídico, como aquellas relacionadas con la manifestación de la voluntad, con el perfeccionamiento de actos y negocios jurídicos, con su validez o nulidad, su eficacia e ineficacia, con los conceptos de plazo, término y condición, con el cumplimiento e incumplimiento y con otras que sería imposible enumerar en este espacio. (Mario De la Madrid Andrade, 2016, p. XXIV)

Ya que el incumplimiento, incluso puede derivarse de un direccionamiento del patrimonio social neto de una empresa, con la finalidad de evitar el cumplimiento, lo que entraría a regir la persecutoriedad de los créditos, siempre y cuando se trate de un abuso del derecho o fraude a la ley.

²³ Obligatoriedad de los contratos.

Artículo 1361 de CC.

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Lo indicado, no se encuentra regulado, sin embargo, tácitamente, según la doctrina, es de aplicación obligatoria la jurisprudencia del levantamiento del velo societario; pero no obstante ello, en una institución judicial, de público conocimiento, involucrada en actos de corrupción, donde los aplicadores del derecho se someten a la voluntad de los empresarios (nada más como ejemplo los tantos casos emblemáticos que se están ventilando en la justicia, donde se ha acreditado que jueces, tribunales, están involucrados en casos de corrupción que han favorecidos a empresas, partidos, etc.) en un país así, se necesita limitar la discrecionalidad del juez; por ende, no es prudente dejar tal libertad, sino es necesario regular circunstancias específicas donde sea un derecho del acreedor perseguir créditos sociales, en la modalidad del levantamiento del velo societario.

En esa directriz, el tercero acreedor tendrá la seguridad jurídica de que el operador de justicia aplica los dispositivos normativos correspondientes para velar sus intereses; desde allí se afirmará con propiedad que cualquiera que sea la clase de obligación, el solo incumplimiento de una obligación contractual permitiría la activación de un abanico de remedios, incluida la indemnización, a elección del acreedor, pero con opciones legales de garantizar los pactos contractuales.

El hecho es que, la norma sustantiva debe de buscar la protección y cumplimiento de los pactos contractuales, en su defecto, se deberá de otorgar mecanismos jurídicos que busquen resarcir los daños causados (el que causa daño a otro está obligado a indemnizarlo - principio recogido en el art. 1969 del CC); y no puede permitirse en acciones simuladas o fraudulentas, se permita que la persona jurídica, direccionada por la persona natural socia, esta, bajo la protección de la impenetrabilidad al patrimonio personal, oculte, desvíe, o intencionalmente pierda su patrimonio con la finalidad de dejar créditos sociales; es en esas circunstancias que se debe de perseguir los créditos sociales, en aplicación de la despersonalización.

Como se había indicado en acápites anteriores (que también se enfatizan en el siguiente capítulo) la persona natural es la piedra angular, en el derecho y en sí en todo aspecto de la vida; es así que se llegaba a una conclusión, en que depende de la persona natural el manejo de una sociedad; y en casos de que exista créditos sociales, a consecuencia de manejos intencionales, por esta última; corresponderá al derecho recuperar dicho patrimonio para dar cumplimiento a los contratos en forma de indemnización. Vale precisar que, pese a establecer en este trabajo, el cumplimiento contractual, en sí, nos referimos en un cumplimiento de la obligación, que puede

efectuarse a través de un resarcimiento o indemnización; es decir, en esta investigación, se trata indistintamente el cumplimiento del contrato, pacto o indemnización derivado de aquellos. Pero, no obstante, todo lo discutible se centre en que, ante la generación de créditos societarios, por conductas intencionadas de abuso de derecho o fraude a la ley la persona natural que lo produjo debe de cumplir con la obligación hacia el acreedor en la libre opción de solicitar la satisfacción de su interés afectado, a través de la despersonalización, es decir, en la penetración del patrimonio personal del socio.

Liminarmente se notará ausencia de regulación en nuestro ordenamiento, respecto el procedimiento para perseguir créditos sociales en las circunstancias de abuso y fraude a la ley; siendo necesario, que se regule para contar con predictibilidad del derecho y seguridad jurídica, básicamente.

2.3. ASPECTOS GENERALES DE LA EXISTENCIA, RESPONSABILIDAD Y REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

En el ordenamiento jurídico nacional no se encuentra una definición de sociedades mercantiles, ello porque nuestro sistema legal adopto un criterio formal para regular las mismas. Sin embargo, la doctrina se ha encargado de darnos múltiples y variadas definiciones, considerando a la sociedad mercantil como una agrupación de personas físicas o

morales, con personalidad jurídica propia, por virtud de la cual “[...] se obligan mutuamente a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común (de carácter predominantemente económico) que constituye una especulación mercantil”. (Dávalos Torres, 2010, p. 121).

Siguiendo el enfoque del ‘Contrato Social’, el hombre desde su nacimiento está sometido a obedecer una máxima de no causar daños, los romanos lo entendieron como el *neminem laedere*²⁴, en sus inicios la responsabilidad se limitaba a la persona como individuo físico; sin embargo, a la actualidad se ha superado esta concepción, y como habíamos expuesto precedentemente, la persona jurídica adquiere personería jurídica, con ‘vida’ propia, siendo sujeto de derecho y por tanto atribuible de derechos y obligaciones. Donde la persona jurídica es sancionada si ocasionara daño contractual o extracontractual. Sin embargo, “[...] para que haya responsabilidad jurídica necesariamente tiene que haber una conducta antijurídica, ya sea prevista en la ley o acuerdo interpartes que tiene fuerza de ley”. (Guerra Cerrón, 2007, p. 127).

2.3.1. Naturaleza, existencia y capacidad de las sociedades mercantiles

Cuando abordamos una institución o figura jurídica, siempre nos encontramos en una disyuntiva en su concepción, por ello es

²⁴ No dañar a nadie.

común encontrar teorías para llegar a su esencia. Es así que, para conocer la naturaleza jurídica de las sociedades mercantiles, es necesario invocar distintas teorías, por lo que, para llegar a su esencia, principalmente, se ha estudiado la teoría contractual y la teoría institucionalista, que a continuación trataremos someramente.

La primera, indica que todo nace de un acuerdo de voluntades, llamémoslo un contrato, (contrato *sui generis* – es decir, plurilateral con prestaciones autónomas)²⁵. Mientras que la teoría institucionalista, señala que no permanece en un contrato, sino que va más allá, llegando a ser una persona jurídica que adquiere vida propia atribuible de derechos y obligaciones.

La sociedad comercial, como persona jurídica, tiene vigencia o existencia, desde la inscripción, es cuando formalmente se reconoce la personalidad jurídica, y emergen como sujetos ideales de derecho, toda vez que son producto de dispositivos legales. Estos nacen con nombre o denominación social, pues así lo determina el Código Civil; por su parte, la Ley General de

²⁵ Esta teoría considera como un contrato único en su especie, porque “[...] los contratantes no se encuentran uno frente al otro (lo que sí sucede en los contratos con prestaciones recíprocas como una compraventa), sino que, por el contrario, están del mismo lado mirando hacia un objetivo compartido: la constitución de la sociedad. Siendo esto así hallamos a varias partes que lo celebran, esto son los socios (de ahí que sea plurilateral), quienes pueden incorporarse inclusive durante la vida de la sociedad, no resultando aplicable, por ejemplo, la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*), normada en el artículo 1426 del Código Civil, ya que cada socio tiene que cumplir un rol independiente de los demás (de ahí que sea con prestaciones autónomas)”. (Echaiz Moreno, 2009, p. 48).

Sociedades ha establecido que la sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el registro y se mantiene hasta su extinción. (Cf. art. 6 de la LGS).

En esta investigación se presentan algunos fundamentos dogmáticos que justifican la inclusión de la despersonalización como parte del ordenamiento jurídico, esto implicaría romper con el hermetismo societario y por tanto perseguir los créditos sociales a los socios e incluso a terceros. Pues bien, siendo esto así, es necesario tener una postura liminar de la capacidad de la propia sociedad como sujeto de derecho en calidad de ente ideal (persona jurídica).

Claro está que, la sociedad mercantil al considerarse como sujeto de derecho, se le atribuye capacidad jurídica. El punto de discusión, teniendo en cuenta que hasta ahora no se ha unificado criterios, en determinar si dicha capacidad de la persona jurídica la posee como tal o, por el contrario, tal capacidad en realidad se les atribuye a las personas naturales que conforman la personería jurídica. Aunado a este tema, debemos tener en consideración un elemento importante, me refiero a la voluntad; lo que nos invoca a tener en cuenta si adquiere y ejerce derechos subjetivos conforme su voluntad y consecuentemente ser titular de forma activa o pasiva de responsabilidades societarias.

Ante esta perspectiva, es más aceptada por la mayoría de los doctrinarios, la postura que la persona natural adquiere personería jurídica cuando conforman una sociedad, y me explico en los siguientes supuestos. Se me ocurre, ante tal situación, hacer un parangón, a la persona jurídica con una maquina robot, y a los socios que conforman la sociedad, como la persona que maneja la maquina robot. Veamos entonces el escenario, tenemos una maquina robot manejada por un ser humano, si el robot que en su interior tiene una persona que lo maneja a su antojo, daña la propiedad privada, la pregunta sería, quién asume la responsabilidad; el que condujo o la maquina en sí. Recordemos que, a pesar que la persona jurídica tiene vida propia, siempre es conducida por la persona natural, lo que se puede colegirse que la responsabilidad mínimamente debería ser solidaria. Otro supuesto para para entender es, un títere, de quien depende la actuación, que es un actor principal e independiente en el público espectador, pero la actuación de quién depende, fácilmente seria de quien manipula o de quien maneja dicho títere.

Por otro lado, no debemos olvidar la diferencia entre capacidad y discernimiento, que lo segundo solo podría tenerlo la persona natural. Puesto que la capacidad es otro derecho otorgado por dispositivos legales y no es más que una terminología jurídica, mientras que el discernimiento no es ficticio, es lo natural y lo poseen los hombres.

Así pues, los derechos de una persona jurídica son bastante discutible, en la posición de Rubio Correa, citado por Guerra Cerrón, refería,

[...] a que las instituciones (también llamadas personas jurídicas) tienen protección de todos los derechos enumerados en cuanto pudiesen ser beneficiadas por ellos. Así sean sindicatos, empresas, asociaciones, clubes, etc., tienen varios derechos aplicables: al nombre, al honor y la buena reputación, a la inviolabilidad del domicilio, etc., en tanto que no tienen otros derechos reservados exclusivamente a las personas humanas o naturales, tales como el derecho a la integridad física, a la igualdad por razón de sexo o raza, y así sucesivamente. (2007, p. 49)

La persona jurídica tiene capacidad de goce y ejercicio desde su nacimiento (inscripción), entendiendo la capacidad como aptitud de la persona para gozar de la titularidad de los derechos y las obligaciones que sean producto del desarrollo de sus derechos con el fin que persigue o por los cuales se crearon. Las obligaciones que adquieren, por ser un ente ficticio, producto del derecho, es que deben ser tenidas en cuenta, también, desde el grado de responsabilidad que se tuvieron quienes condujeron a la persona jurídica, permitiendo en circunstancias específicas (fraude a la ley o abuso de derecho) la despersonalización, en dichos casos romper con el principio societario del hermetismo societario y por ende permitir la persecución de los créditos sociales.

2.3.2. Regulación y tipos de organizaciones empresariales

Como se había señalado líneas arriba, se debe de entender por organización empresarial como la organización creada con el fin de producir un bien o prestar un servicio con o sin fines económicos, pudiendo estructurarse de modo colectivo o individual. Por su parte la Ley General de Sociedades establece, principalmente, entre los tipos de sociedades mercantiles a la sociedad anónima, y entre otras formas, a la sociedad colectiva, sociedades en comandita, sociedad comercial de responsabilidad limitada y, sociedades civiles.

Para mejor entendimiento, se ilustra en un cuadro las organizaciones empresariales y su respectiva legislación o dispositivo por la que se rigen en nuestro país:

Tabla 1

Las organizaciones individuales según dispositivos peruanos

ORGANIZACIÓN INDIVIDUAL	
Empresa unipersonal	Código de Comercio
Empresa individual de responsabilidad limitada	Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
Fundación	Código Civil

La tabla 1 muestra las tres categorías de sociedades individuales, que se han reconocido en distintos cuerpos normativos en el ordenamiento peruano. Autoría propia.

Tabla 2*Las organizaciones colectivas según dispositivos peruanos*

ORGANIZACIÓN COLECTIVA	
Asociación	
Comité	Código Civil
Corporativa	
Sociedad anónima ordinaria	
Sociedad anónima cerrada	
Sociedad anónima abierta	
Sociedad comercial de responsabilidad limitada	
Sociedad colectiva	Ley General de Sociedades
Sociedad en comandita simple	
Sociedad en comandita por acciones	
Sociedad civil ordinaria	
Sociedad civil de responsabilidad limitada	

La tabla 2 muestra las diferentes modalidades de personas jurídicas colectivas, reguladas tanto por el código civil y principalmente por la Ley General de Sociedades. Autoría propia.

2.3.3. Normas generales aplicables a las distintas formas societarias

A. Constitución de sociedades

En este acápite debo de referirme al conjunto de formalidades y requisitos que según el ordenamiento societario son necesarios para que la sociedad tenga existencia legal. Así nuestro ordenamiento jurídico ha señalado que la constitución es, por escritura pública, la que contiene el Pacto Social y el Estatuto. El Estatuto, para la sociedad anónima, tiene gran importancia y tiene la calidad de un reglamento interno del ente social, cuyo cumplimiento es imperativo. Cabe precisar que sus disposiciones tienen calidad de normas objetivas, obviamente no pueden transgredir ni a la ley ni a la Constitución Política; no obstante, dentro de la empresa o en

el desarrollo de la personería jurídica de la sociedad anónima, tal estatuto, tiene el mismo significado para esta, como una Carta Magna para un país.

Pese a haber documentación necesaria para formalizar que señala la ley; no se puede negar que existe actos preparatorios o constitutivos previos, como:

- a. El Acta de Junta General que contiene los términos y condiciones de los acuerdos, b. La minuta que formaliza tales acuerdos, y que, con sus anexos respectivos, se ingresa a una Notaría Pública, para las acciones que sean necesarias, como por ejemplo realizar los depósitos en la cuenta corriente bancaria de la sociedad. c. La escritura pública en la que se insertan obligatoriamente entre otros, los anexos. (Guerra Cerrón, 2007, p. 70)

La Ley General de Sociedades, ha establecido dos formas de constitución societaria; una, es la constitución por suscripción simultánea, dando origen a la sociedad anónima clásica y cerrada; esta se realiza en un solo acto, donde los fundadores forjan el acuerdo de constitución y el de suscripción de acciones. La segunda, es la constitución por suscripción pública, dando origen a la sociedad anónima abierta (S. A.), donde los accionistas se reclutan del público, y tienen como peculiaridad que las acciones sean negociadas libremente en la bolsa de valores.

En síntesis, la constitución simultánea se realiza en un solo acto, de sencilla gestión y mayoritariamente adoptada por el empresariado; a diferencia de la constitución por suscripción pública, en tanto esta, es más compleja y su

[...] constitución se proyecta en el tiempo y específicamente se puede reducir a dos momentos básicos: la suscripción de acciones y el otorgamiento de la escritura pública. Se trata de un proceso mucho más complejo diseñado para atraer las grandes masas y con ellas sus recursos, y a quienes estén interesados en el programa fundacional y deseen convertirse en socios procederán a suscribir sus acciones, proceso que terminará con el otorgamiento de la escritura pública de constitución. El maestro Elías Laroza observa el proceso de constitución por oferta a terceros en cuatro etapas definidas: programa de constitución, suscripción de acciones, asamblea de suscriptores y otorgamiento de la escritura pública de constitución social". (Guerra Cerrón, 2007, p. 71)

Cabe precisar que, la suscripción continuada en el tiempo, pese a sus peculiaridades, como la de contar con un propio Reglamento de Registro de Sociedades donde deberán de anotarse todos los actos societarios registrables; luego de contar con los recursos necesarios para el funcionamiento de la persona jurídica, deberá de seguir las mismas formalidades que la constitución simultánea. Encontrando entonces algunas diferencias en la forma de constitución, pero al fin y al cabo contienen similitudes; en ese sentido, la tratativa normativa en un sistema de responsabilidad societaria deberá de regir de forma general para la persona jurídica y no discriminar o

diferenciar de acuerdo a la forma de constitución o modalidad de sociedad.

B. Pluralidad de socios

En los dispositivos normativos vigentes, se ha considerado un mínimo de miembros para formar una persona jurídica societaria, a diferencia de la derogada ley que hacía diferenciación según la modalidad de sociedad que se quiera crear; pues para conformar una sociedad anónima debería contar con mínimamente tres socios, criterio desfasado y que no tenía sustento técnico para dicha diferenciación. Así pues, la Ley General de Sociedades, en su artículo 4 ha establecido como regla general que para constituir una sociedad se requiere cuando menos de dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas, indistintamente de la modalidad societaria que se quiera crear.

La pluralidad de socios que exige la ley, tiene su sustento en la seguridad jurídica y la coherencia terminológica de sociedad, no llamaríamos pareja a una sola persona, como tampoco se llamará sociedad a un individuo. Esto resulta coherente, pese a que actualmente existe una fuerte corriente por considerar como sociedad mercantil a la empresa unipersonal.

Al respecto, particularmente se discrepa, las razones son múltiples, pero no es prudente profundizarlas en la presente investigación, en tanto, este tiene objetivos distintos; no obstante, dejo abierto el tema para futuras discusiones, precisando que si el argumento que tiene estas corrientes de la persona jurídica unipersonal en no compartir riesgos con una persona distinta a la persona natural, perfectamente puede superar la prohibición de la ley mediante acogimiento a las figuras legales establecidas. En otras palabras, una sociedad, que en el fondo recaiga la titularidad en una sola persona natural, con los dispositivos vigentes, si es posible, y ello es a través de una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada asociada a la persona natural titular de la EIRL, lo que siempre recaerá sus efectos en una sola persona natural.

El horizonte de la LGS apunta a que, indistintamente al modelo societario, excepto cuando el único socio sea el Estado, bastará dos socios para considerar una sociedad, requisito que no puede perderse en el tiempo; es por ello, que ha establecido la referida ley que, si se pierde esta pluralidad y no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo, constituyendo esta una

causal de disolución recogida en el inciso seis del artículo 407 de la LGS²⁶.

Se anunció que existe una excepción en la pluralidad de socios, pero está reservado solo para el Estado o cuando le ley expresamente lo señale²⁷, considerando al Estado el único socio para constituirse en una persona jurídica así se ha reconocido en el segundo párrafo del artículo 4 de la Ley General de Sociedades.

En colofón, a este acápite deberá de dejarse sentado la idea que una persona jurídica societaria deberá de contar siempre con dos o más socios, ya sean personas naturales o jurídicas, pero que siempre recaerá una sociedad en una persona natural, las cuales dan vida a esa persona jurídica creada.

²⁶ Ley General de Sociedades.

DISOLUCIÓN.

Artículo 407. Causas de disolución La sociedad se disuelve por las siguientes causas: 1. Vencimiento del plazo de duración, que opera de pleno derecho, salvo si previamente se aprueba e inscribe la prórroga en el Registro; 2. Conclusión de su objeto, no realización de su objeto durante un período prolongado o imposibilidad manifiesta de realizarlo; 3. Continuada inactividad de la junta general; 4. Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente; 5. Acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o quiebra; 6. Falta de pluralidad de socios, si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida; 7. Resolución adoptada por la Corte Suprema, conforme al artículo 410; 8. Acuerdo de la junta general, sin mediar causa legal o estatutaria; y, 9. Cualquier otra causa establecida en la ley o prevista en el pacto social, en el estatuto o en convenio de los socios registrado ante la sociedad.

²⁷ Se puede consignar como referentes de estas excepciones a aquellas empresas subsidiarias por parte de las empresas del sistema financiero y de seguros, que por mandato legal según Ley n.º 26702, no les es exigible la pluralidad de socios.

C. Normas internas de la sociedad

En el ordenamiento jurídico peruano, se ha consignado que los sujetos ideales (persona jurídica) se rigen por normas internas; así pues, la propia jurisprudencia nacional ha contextualizado que “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” (Casación n.º 2821-2005-Lima, publicado en el diario oficial El Peruano el 03/10/06, p. 17191). En ese sentido, las sociedades han establecido normas internas para regular su funcionamiento, inicio, permanencia, desarrollo y otros aspectos propios de la personería jurídica como sujeto ideal.

Es de gran relevancia contar con normas internas, tanto para los socios (accionistas) como para los miembros que forman parte de la persona jurídica, pero también es relevante para los que están fuera del sujeto ideal, esto es para los contratantes o terceros involucrados con la persona jurídica; porque resumen las condiciones necesarias para una sana convivencia, lineamientos de resolución de conflictos, el modo de trato que directamente se reflejan y tienen efecto en el mundo social. Entre las principales normas internas de una sociedad es el reglamento y sobretodo su estatuto, es por ello,

que a continuación se debe estipular a grandes rasgos el contenido de este.

D. Contenido estatutario

La Ley General de Sociedades²⁸, en el Perú, exige que para conformar una sociedad, deba de elaborarse un estatuto que forma parte del contenido del pacto social²⁹.

El estatuto, es el pacto donde se agrupan todas los derechos y obligaciones de los socios, así como las normas que rigen la sociedad. Estos son elaborados según los acuerdos y necesidades de los socios fundadores, en coherencia al tipo de organización social elegida, donde incluso nuevos socios deben someterse a él, mientras sea vigente. No obstante, los estatutos reúnen una serie de contenidos que ya están preestablecidos, con requisitos exigidos por la ley, y que pueden variar dependiendo del tipo de sociedad.

²⁸Contenido y formalidades del acto constitutivo

Artículo 5. La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. [...]

²⁹ Contenido del pacto social

Artículo 54. El pacto social contiene obligatoriamente:

1. Los datos de identificación de los fundadores. Si es persona natural, su nombre, domicilio, estado civil y el nombre del cónyuge en caso de ser casado; si es persona jurídica, su denominación o razón social, el lugar de su constitución, su domicilio, el nombre de quien la representa y el comprobante que acredita la representación;
2. La manifestación expresa de la voluntad de los accionistas de constituir una sociedad anónima;
3. El monto del capital y las acciones en que se divide;
4. La forma como se paga el capital suscrito y el aporte de cada accionista en dinero o en otros bienes o derechos, con el informe de valorización correspondiente en estos casos;
5. El nombramiento y los datos de identificación de los primeros administradores; y,
6. El estatuto que regirá el funcionamiento de la sociedad.

Los requisitos generales, que toda sociedad debe especificar y estar contenido en el estatuto, mínimamente de acuerdo a ley³⁰ son:

- La denominación de la sociedad;
- La descripción del objeto social;
- El domicilio de la sociedad;
- El plazo de duración de la sociedad, con indicación de la fecha de inicio de sus actividades;
- El monto del capital, el número de acciones en que está dividido, el valor nominal de cada una de ellas y el monto pagado por cada acción suscrita;
- Cuando corresponda, las clases de acciones en que está dividido el capital, el número de acciones de cada clase, las características, derechos especiales o preferencias que se establezcan a su favor y el régimen de prestaciones accesorias o de obligaciones adicionales;
- El régimen de los órganos de la sociedad;
- Los requisitos para acordar el aumento o disminución del capital y para cualquier otra modificación del pacto social o del estatuto;

³⁰ De acuerdo al artículo 55 de la LGS.

- La forma y oportunidad en que debe someterse a la aprobación de los accionistas la gestión social y el resultado de cada ejercicio;
- Las normas para la distribución de las utilidades; y, el régimen para la disolución y liquidación de la sociedad.

Adicionalmente, el estatuto puede contener:

- Los demás pactos lícitos que estimen convenientes para la organización de la sociedad.
- Los convenios societarios entre accionistas que los obliguen entre sí y para con la sociedad. Los convenios a que se hizo alusión, que se celebren, modifiquen o terminen luego de haberse otorgado la escritura pública en que conste el estatuto, se inscriben en el Registro sin necesidad de modificar el estatuto.

Es importante que se establezcan claramente los dispositivos del estatuto; pues ello, servirá para un adecuado manejo de la sociedad constituida, e incluso esclarecerá funciones y obligaciones de los miembros de la sociedad en caso de responsabilidades y obligaciones que tenga la persona jurídica; garantizando por el ordenamiento jurídico, el abanico de mecanismos para hacer cumplir los pactos contractuales en su defecto garantizar el resarcimiento de daños frente a los acreedores.

2.3.4. Responsabilidad de las sociedades mercantiles

A. Dogma de impenetrabilidad y patrimonio autónomo

En el artículo 78 del Código Civil peruano hace mención a la diferencia entre persona jurídica y sus miembros, regulando que “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”, lo que a nuestro entender la norma sustantiva protege al empresario con el dogma de impenetrabilidad al patrimonio de los socios, de igual modo está reconocido el privilegio de la responsabilidad limitada a los miembros de la sociedad mercantil, así la Ley General de Sociedades en el artículo 51 ha establecido que, “en la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales (...)”. Todo ello apunta a que la legislación nacional protege a la inversión privada y ha olvidado proteger a terceros que puedan ser perjudicados por el actuar malicioso de los socios, que con calidad de la personalidad jurídica que adquieren y avalados en la impenetrabilidad al patrimonio personal, actúan con fines distintos a la ética comercial.

Siendo necesario que, en nuestra legislación, con fines de brindar mayor seguridad jurídica y protección a la parte más

débil (acreedor), se implemente una limitación a la impenetrabilidad o hermetismo societario bajo determinados supuestos, ya sea por fraude a la ley o por abuso de derecho, debiendo positivarse la despersonalización en tales supuestos. Con ello, se busca proteger al acreedor teniendo en cuenta ciertos criterios para que se haga la persecución de los créditos sociales, además creemos que el socio debe responder de forma solidaria en caso de créditos sociales, de no ser posible sancionar indistintamente a la sociedad al socio/accionista, por ejemplo, con imposibilidad de formar nueva sociedad mientras no haya cumplido con obligaciones de créditos sociales.

B. Sistema de responsabilidad

Históricamente se ha perseguido convivir en sociedad cumpliendo el deber general de *neminem laedere*, donde una sociedad se basa en la convivencia social, por ende, es fundamental conservar tales principios, y la transgresión a ella genera una responsabilidad como sanción, considerando que el deber general, solo corresponde al hombre, por el hecho de que la consecuencia dañosa es producto de una conducta humana; lo expuesto se puede considerar como algo preestablecido y sencillo de manejar, por ser principios básicos para la convivencia social; sin embargo, si en estas circunstancias se tiene en cuenta a la sociedades comerciales,

el panorama se constituye de mayor dificultad, porque nuevamente se pondrá en discusión la responsabilidad de ellas, como ya se había indicado en este trabajo precedentemente, la sociedad como sujeto de derecho adquiere todos los derechos, asimismo las obligaciones que se generen de su conducta comercial. En esa directriz, es correcto considerar que una organización empresarial tiene las mismas prerrogativas y facultades que la persona física, así, cuando realiza una serie de actos con terceros asume riesgos y puede generar perjuicios que en determinados casos hay que reparar o indemnizar. (Guerra Cerrón, 2007, p. 126).

La responsabilidad que cargan los entes empresariales mercantiles, se deriva de un sistema de responsabilidades, donde confluyen varias ramas del derecho, necesariamente se tiene que tener en cuenta la responsabilidad civil, recogida en el Código Civil, incluso se tiene en consideración el derecho penal, asimismo otras ramas jurídicas como el derecho administrativo, el derecho laboral y otras disciplinas. Y de manera externa se tiene que tener en cuenta, tanto a la jurisprudencia, la doctrina, principios generales de derecho, así como las prácticas de buen gobierno corporativo y la ética empresarial. Es así que, en la responsabilidad que se les impute a las personas jurídicas, es necesario que se tenga en cuenta todo este sistema de disciplinas jurídicas y

extrajurídicas para determinar la sanción como responsabilidad, ya que en nuestro sistema jurídico no ha regulado los subsistemas de responsabilidad.

Por otro lado, es de destacar que en nuestro ordenamiento normativo tenemos a la institución de la responsabilidad civil a partir de dos imputaciones la subjetiva y la objetiva. La responsabilidad subjetiva está relacionada directamente con el presupuesto de ejecución o actuación del agente de forma diligente y ordinaria donde el principal factor de atribución es la culpa (deber de diligencia del 'buen hombre de negocios'), mientras que la responsabilidad objetiva se atribuye por el resultado sin importar la actuación para llegar a tal fin. (Guerra Cerrón, 2007, pp. 129-130)

Asimismo, debemos identificar que puede generarse, en una persona jurídica, dos tipos de responsabilidad, una interna y otra externa. La primera significa que el daño es dentro de la propia persona jurídica, es decir cometido el daño por ella misma contra ella misma; mientras que la responsabilidad externa, lo comete el daño la persona jurídica contra una persona tercera, fuera de ella misma; y a su vez, la responsabilidad externa puede colegirse de responsabilidad directa e indirecta. La indirecta es cuando el daño es ocasionado por sus dependientes del órgano de control, y cuando es cometido el daño por estos, entonces es directa. (*Ibíd*em, 2007, pp. 134-136).

De lo expuesto, y en el caso de la despersonalización será pues una responsabilidad externa de forma directa, entonces

al ser un daño que deriva de la voluntad de las personas naturales (las están a cargo de los órganos de control gubernamental empresarial), es entonces que la responsabilidad debe ser solidaria entre la persona jurídica y cuando no sea posible liquidar los créditos sociales, se persiga a los socios y hasta personas encargadas del gobierno societario o empresarial, cuando haya mediado fraude a la ley o abuso del derecho.

El artículo 71 de la LGS, ya lo estableció la responsabilidad de los fundadores, bajo algunos supuesto y por un determinado periodo; por qué no, con el mismo fin de evitar daños a terceros, este dispositivo se amplía para las personas jurídicas y con vigencia plena en el tiempo, donde la responsabilidad de la persona jurídica sea solidaria con sus miembros y quienes estén en el órgano de gobierno que con su voluntad haya perjudico o generado créditos sociales³¹, y que hayan sido generadas en circunstancias de fraude a la ley o abuso al derecho, claro está que la responsabilidad de algún miembro del órgano gubernamental de la empresa, se excluirá cuando

³¹ Código Civil

Artículo 1325. El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.

Responsabilidad por daño del subordinado

Artículo 1981. Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

quede constancia de estar en contra de las decisiones tomadas por otras personas³².

Aunado a esta responsabilidad, pues se tiene en el caso de las sociedades y de acuerdo a lo regulado por la Ley General de Sociedades, también se asume responsabilidad de los directores; así el artículo 171 del cuerpo normativo señalado, establece que “los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones”. Es así que cuando su voluntad es plena, es decir el daño se genera a raíz de la voluntad a título personal o individual, pues se constituye en una responsabilidad subjetiva.

En el mismo sentido, la Ley General de Sociedades en su artículo 177 prevé la responsabilidad de los directores frente a los accionistas y terceros por los daños³³, bajo ese mismo

³² “Los miembros del Directorio están exentos de responsabilidad cuando se deja constancia por escrito de su protesta, objeción, disconformidad, cuando se tome un acuerdo ilícito o si informan a la Junta General de actos irregulares. La protesta no debe limitarse a una mera disconformidad con el acuerdo cuestionado, sino que la misma debe ser concreta y precisa, permitiendo que los demás integrantes del órgano de administración examinen lo razonable o no de sus objeciones” (Guerra Cerrón, 2007, p. 156).

³³ Ley General de Sociedades

“Artículo 177. Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

supuesto, por qué no los accionistas y los miembros en general de una persona jurídica, no responde por los daños ocasionados a sus dependientes como trabajadores, e incluso a terceros perjudicados, centrando nuestro interés en cubrir los créditos sociales. Es necesario ahí, que la responsabilidad sea ilimitada y solidaria de la persona jurídica y sus miembros (socios).

2.3.5. Ejercicio abusivo del derecho en el uso de una persona jurídica

Para conocer el instituto del abuso del derecho, necesariamente tenemos a remontarnos a lo establecido en artículo II del Título Preliminar del Código Civil peruano; para desde ahí, direccionar otros conceptos doctrinarios que están vinculados al tema de investigación y que servirá para afianzar los objetivos de la tesis.

En lo que respecta al artículo II del Título Preliminar del Código Civil peruano, el legislador ha establecido:

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.

Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que esta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que estos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general”.

Ortiz Danoso hacía referencia que “[l]os seres humanos, para poder realizarnos como personas, gozamos de derechos subjetivos o facultades que nos permiten hacer lo que mejor nos convenga a nuestros intereses y plan de vida, y que están protegidas y amparadas por el ordenamiento jurídico”. (2011, p. 6). Y continua, precisando que, “(...) cualquier acto que se ejecute en ejercicio de estas facultades, es lícito y no comporta responsabilidad alguna, pues el propio ordenamiento jurídico lo avala”. (*Ibíd*em, p. 6).

El abuso del derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del Derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social. Tal calificación no proviene ni de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ni de otras normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica. (Rubio Correa, 2009, p. 29)

Se infiere, por tanto, que las facultades jurídicas de cada sujeto, se comportan cada una como esferas independientes, que requieren individual y conjuntamente tutela jurídica. Recuérdese que no existe derecho irrestricto, un derecho ilimitado, por ello es bastante coloquial y repetitivo el aforismo jurídico, de que, el derecho de uno termina cuando empieza del otro; es decir, las esferas de poder terminan en el territorio que perjudique a

terceros. Razón suficiente para entender que la protección legal (autonomía de la personalidad, responsabilidad ilimitada, entre otros) que tiene un sujeto de derecho, como es una organización social inscrita (persona jurídica), no puede ejercerlo para intereses particulares y propios, que perjudiquen a terceros; sin tener en cuenta la función social, la ética empresarial, que tienen las sociedades mercantiles.

Uno de los principales fines de un ordenamiento jurídico, es lograr la paz en justicia; por tanto, colisionará este principio o finalidad del derecho, cuando se cause daño a otros de forma injustificada. En ese caso, toma fuerza la figura del abuso del derecho; que pretende proteger normativamente los derechos vulnerados del justiciable; en circunstancias de vacío legal, debe establecerse límites al ejercicio de derecho de los particulares, para no perder la finalidad del derecho.

Autores de nota, nacionales y extranjeros, han impugnado la existencia del abuso del derecho como institución clara y distinta dentro del derecho civil. Opinan que existiendo la responsabilidad extracontractual no queda lugar para algo tan vago como el abuso, al tiempo que no parecen reconocer la posibilidad de extralimitación no legítima en el ejercicio de los derechos. (Rubio Correa, 2009, p. 25)

La posición de una autorizada doctrina nacional frente a la materia, en síntesis, consiste en que el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, que tiene lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas; que, por lo tanto, ha sido correctamente recogido en los textos normativos (tanto en el CC de 1936 como en el CC de 1984); que es aplicable no solo al derecho civil sino a todo el sistema jurídico, como lo demuestra el hecho de que haya sido recogido en el artículo 103 de la Constitución, y que su mayor riqueza solo puede provenir del desarrollo jurisprudencial. (Coca Guzmán, 2020)

Jurisprudencialmente, el abuso del derecho es considerado un límite jurídico contenido en el Código Civil tendiente a que el individuo ejercite sus derechos subjetivos, sin causar lesión o daño a terceros o intereses ajenos no protegidos por normas específicas; lo que implica la existencia de la intención de dañar, la ausencia de interés, el perjuicio relevante y la conducta contraria a las buenas costumbres, lealtad y confianza recíproca. (Casación n.º 559-2002, Lima).

Estas circunstancias, según Ortiz Danoso, genera

“la figura del abuso del derecho, un principio universal de derecho, que propone establecer límites al ejercicio de tales derechos, y a su vez, busca imponer la obligación de reparar a quien ha causado un daño injusto en base a su ejercicio por haber atropellado principios como el de la buena fe y el de no ejercer abusivamente los derechos. (2011, p. 6)

En el Derecho Societario peruano ha proliferado el abuso de la personalidad jurídica. Así, se crean sociedades anónimas para traspasar los bienes sociales del deudor, burlando con ello el

derecho a cobro que tiene el acreedor. Como es sabido, uno de los grandes incentivos que involucra la constitución de sociedades, para quienes serán los accionistas, es que esta figura societaria les brinda responsabilidad limitada hasta el monto de su aporte frente a las obligaciones de la sociedad. En definitiva, lo que ocurre muchas veces en la práctica es que los accionistas usan indebidamente a la persona jurídica, ya que se escudan en la estructura societaria para defraudar y perjudicar a terceros (Morales Cáceres, 2016, pp. 75-76).

De las opiniones esbozadas podemos definir al abuso del derecho, como aquel límite impuesto por el ordenamiento jurídico a las acciones u omisiones que causen un daño antijurídico o ilícito a otro en un supuesto no contemplado por una norma específica, es decir, cuando exista una laguna que deje desprotegido algún derecho de tercero que se haya visto lesionado con dicha acción u omisión. Contraviniendo el ejercicio abusivo de los derechos el ordenamiento jurídico (derecho civil, derecho societario, derecho de la libre competencia, derecho procesal, derecho constitucional, etc.), la buena fe y al *alterum non laedere*, vale decir, el deber genérico de no causar daños a terceros y cuyo contenido está en permanente desarrollo por la jurisprudencia. (Coca Guzmán, 2020, párr. 27)

En estos ejemplos del derecho societario también observamos que el abuso del ejercicio de los derechos causa daños a terceros, es decir, nuevamente estamos frente a actos ilícitos o antijurídicos. Concretamente a través de un uso indebido de la persona jurídica aprovechándose del principio de impenetrabilidad al patrimonio personal y la responsabilidad limitada, que les

otorga la ley a los accionistas y a las sociedades mercantiles respectivamente.

2.3.6. Fraude a la ley derivado de un derecho fundamental

Me viene a la mente “el fraude de ley”, aquella argucia por la que disfrazamos una situación jurídica para que parezca otra y así conseguir una finalidad, aparentemente lícita al amparo de una norma (disfraz), que le da un lustro de legalidad, pero en realidad conseguimos una finalidad distinta al que otra norma pretendía.

Para esbozar un concepto del fraude a la ley, seguiremos las opiniones del profesor Enrique Alcalde Rodríguez, citando a Fueyo y a Desbois, expresa:

En lo tocante a nuestro medio jurídico, Fueyo entiende que hay fraude a la ley cuando por actos reales (no simulados) y voluntarios, aunque a veces sin que exista necesariamente intención fraudulenta a juicio de la mayoría, se crea de hecho una situación aparentemente lícita y conforme a la ley, tomada esta en su literalidad; pero que tiene como efecto violar el espíritu de la ley, pudiendo infringir a este respecto el contexto o bien normas determinadas. Vial del Río, por su parte, señala que está constituido por "aquellos procedimientos en sí lícitos o en maniobras jurídicas a veces ingeniosas, que tienen la apariencia de legalidad y que, sin embargo, permiten realizar lo que la ley prohíbe o no hacer lo que la ley ordena. Fraude a la Ley y Abuso del Derecho: Para cierto sector de la doctrina, ambas instituciones se hallan vinculadas en una relación de género a especie, distinguiéndose el fraude a la ley por el hecho de que la ilicitud no se manifiesta prima facie, a diferencia de lo que ocurre con las situaciones de abuso./ Por otra parte, si el abuso del derecho es concebido con el criterio finalista o social, las relaciones se hacen más estrechas, porque abusa del derecho subjetivo quien lo desvía del fin para el cual ha sido otorgado y actúa con fraude aquel que busca eludir una norma obligatoria utilizando para ello un camino

concebido por el Derecho Positivo, aunque con un fin diverso. De este modo, se ha podido sostener que el fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, el abuso de poder en Derecho Administrativo y el abuso del derecho en el Derecho Privado son instituciones que expresan la misma idea. Desbois, en la misma línea, piensa que el abuso es un género de actos ilícitos y el fraude una especie de ese género, caracterizado por los rodeos empleados, por las combinaciones ingeniosas; en el abuso, en cambio, no se emplean tales expedientes, la violación es más directa. En igual sentido, Ruiz Luján plantea que "en todo abuso del derecho hay un fraude a la ley que lo establece y garantiza y en toda violación indirecta de la ley hay un abuso del derecho respectivo. (2005, pp. 18-19)

Para entender el fraude a la ley³⁴, es necesario tener en cuenta que existe una norma defraudada y otra norma que sirve de conducto para hacerlo; en otras palabras, significa realizar un acto

³⁴ Para un cierto sector de la doctrina extranjera no se acepta la existencia de la institución del fraude a la ley. Así, Martínez Cohen, citando a Enrique Alcalde Rodríguez, señala que, hay doctrinarios a favor de la eficacia de la ley, "[...] salvo que la propia ley establezca expresamente una sanción para el evento que este se configure en una determinada situación.

Se aduce, en abono de esta tesis, que además de los inconvenientes que provoca la consagración de la teoría del fraude respecto de la seguridad jurídica y la posibilidad de pavimentar el camino a la arbitrariedad judicial, su aceptación importaría, en muchas ocasiones, invertir los principios más propios y característicos del derecho privado. En efecto, según esta opinión, no cabe en este ámbito hablar de prohibiciones virtuales o tácitas, aunque se invoquen, para fundarlas, el orden público y las buenas costumbres.

Los negocios que no han sido expresamente prohibidos, deben entenderse permitidos y, si existe prohibición, necesariamente esta debe ser objeto de una interpretación restrictiva. Desde este punto de vista, expresa un autor que "no tendría ni sentido siquiera una prohibición que abarcara todo el ámbito de la acción posible por el hombre, porque al alcanzar tal extensión, reduciría todas las acciones a la misma clase, es decir, haría desaparecer la distinción entre acción prohibida y no prohibida, cuando precisamente lo que se quería al establecer la prohibición era distinguir como prohibidas ciertas acciones.

Así como la música se oye sobre un fondo de silencio, solo un fondo de libertad permite entender el sentido de las normas del derecho que la limitan o restringen. No obstante, la opinión predominante se inclina por reprimir las figuras de fraude a la ley, con absoluta independencia de que las legislaciones de que se trata carezcan de un precepto legal concreto que lo sancione. Y así, por ejemplo, se ha destacado lo contradictorio que resultaría que la ley tolerara el fraude, pues sería pensar que prohíbe un resultado y que, a la vez, permite alcanzarlo (siempre bien entendido que lo prohibido sea el resultado, y no un determinado medio de conseguirlo); sería contradictorio, porque sería pensar que prohíbe la infracción a cara descubierta, y permite -ya que el fraude es también infracción- la solapada, que es aún más censurable, si cabe". (Martínez Cohen, 2007, pp. 351 - 378).

jurídico (manifestación de voluntad), amparándose en una norma, que permite hacerlo (como el caso de transferir patrimonio social), con la finalidad de lograr objetivos que no son propios del dispositivo permisible, y que además son contrarios a otra, que sería la norma defraudada.

En definitiva, utilizamos una norma con la que disfrazar la realidad y con ello defraudamos otra norma, en pro de alcanzar ciertos objetivos, que como decimos, no son los propios de esa norma, y con ello contravenimos otras leyes.

El fraude de ley tiene consecuencias jurídicas muy diversas según el contrato o negocio jurídico en el que nos encontremos, de si estamos en el ámbito civil, en un ámbito laboral, en el administrativo, en el ámbito fiscal, etc. etc. En definitiva, se trata de camuflar una conducta, un acto o un contrato como si fuera otro, para burlar una norma. (Santos, 2020, párr. 6)

Es lo mismo, que puede ocurrir en casos relacionados a las operaciones realizadas por la persona jurídica; donde, avalándose en la ley, genere pérdidas de sus activos intencionalmente (ocultando o desviando con propósitos de no pagar los pasivos), con la finalidad de perjudicar a terceros. En otras palabras, debe de perseguirse la responsabilidad generada por actos realizados en amparo de una ley o cupo normativo que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él. “Es decir, que hay un efecto principal cuando se detecte una situación como esta y es que se aplicará la norma que se haya intentado defraudar” (Santos, 2020, párr. 13).

Luego del estudio del abuso del derecho y fraude a la ley, corresponde dejar sentado la diferencia entre estas acepciones jurídicas; en tanto, ello es necesario para poder efectivizar la aplicación de la figura de la despersonalización.

El abuso del derecho, al igual que el fraude a la ley, son ambas figuras que denotan una simulación a lo factico, variando la verdad material, significan un mal uso a dispositivos legales o al ordenamiento jurídico, pero con carácter propio, autónomo e independiente cada una de estas. El fraude a la ley, implica una trampa, engaño o treta del sujeto de derecho para evitar la aplicación de la ley en su supuesto de regulación, a través de una norma cobertura. Por el contrario, el abuso del derecho, no supone necesariamente engaño, sino se configura con el uso extralimitado en el ejercicio de un derecho.

“En el abuso del derecho es necesario que se esté en el ejercicio de un derecho mientras que en el fraude a la ley tal requisito no es indispensable” (Ortiz Donoso, 2011, 81). Ortiz, citando a Ordoqui, expone un criterio valido, el cual dice que,

el abuso de derecho refiere a un derecho subjetivo que se practica de manera irregular mientras que, en el fraude a la ley, es un derecho objetivo el que se aplica incorrectamente, al tiempo que se pretende evadir su aplicación, intentado acogerse a un precepto para evadir otro. (*Ibídem*, p. 81)

De las definiciones, se evidencia que con el abuso del derecho o fraude a la ley causa daño a otro; en el primero por la desproporción en uso o mal ejercicio del derecho subjetivo que tiene un sujeto. En el segundo, hay mal uso del derecho objetivo que es en este caso la norma aplicable, buscando su transgresión al amparo de otras diferentes que son también llamadas las normas de cobertura. (*Ibídem*, p. 75).

Al respecto, Benjamín Pérez, señala que

Fraude a la ley es cuando se celebra un acto formalmente lícito realizado al amparo de una norma vigente (ley de cobertura) pero con la intención de obtener un resultado práctico análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (ley defraudada). (1998, p. 286)

Con mucha autoridad, el maestro Atienza con colaboración de Ruiz Manero, consideran que, “el abuso es relativo a acciones que constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo mientras que el fraude es relativo a acciones que suponen casos de uso de un poder normativo”. (2006, p. 86).

Atienza agrega que “los actos en fraude de ley están permitidos prima facie por una regla, pero resulta, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión” (2006, p. 67).

2.4. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Esta doctrina se le entiende como el allanamiento, desestimación, despersonalización o inoponibilidad de la persona jurídica³⁵, acepciones que ha sido forjados principalmente por la doctrina norteamericana³⁶. Es conceptualizado por la doctrina como una institución destinada a evitar que detrás de un formalismo normativo se cometan actos que perjudican a terceros, como es el rubro tributario, pero en nuestro estudio haremos un hincapié en el perjuicio que genere en el rubro comercial y se anotara los criterios que determinen la eliminación del privilegio hermético societario con fines de alcanzar pretensiones de un acreedor.

Esta teoría es de tipo excepcional a los límites de personalidad jurídica de una sociedad, que penetra a los individuos que la conforman, y solo podría ser usado cuando se evidencie un uso ilegítimo o fraudulento de la sociedad mercantil de su privilegio del hermetismo societario para

³⁵ Tiene su origen en el Derecho anglosajón, concretamente en el caso Salomón vs. Salomon & Co. Ltd., que fue resuelto en 1897 por la House of Lords inglesa. Aaron Salomon era un artesano del cuero en Londres, que ejercía el comercio de forma individual.

En 1892, junto con su esposa y cinco hijos, constituyó una sociedad mercantil denominada Aaron Salomon & Company Limited. Esta sociedad compró el entonces próspero negocio del Sr. Salomon, convirtiéndose éste en su acreedor preferente. Al año siguiente, el negocio se torció y uno de sus acreedores, Edmund Broderip, intentó que fuera Aaron Salomon, como persona física, y no A. Salomon & Co. Ltd., como persona jurídica, quien le pagase lo que se le debía. Y aunque tanto en primera como en segunda instancia se falló a favor de la pretensión del acreedor, ésta fue rechazada finalmente por la Cámara de los Lores, que absolvió al Sr. Salomon de toda responsabilidad, al considerar que persona física y jurídica eran dos entidades distintas. Se establecía así el primer precedente en cuanto a la diferenciación jurídica entre socios y sociedades.

³⁶ Esta doctrina nace en los Estados Unidos de Norteamérica, donde se conoce con el nombre de disregard of the legal entity, también se le conoce como pierce the corporate veil o lifting the corporate veil. Esta figura no alude a una teoría, sino tan solo a una nota denominativa de los múltiples supuestos empíricos, en los que por fundamentos varios y las características del common law norteamericano ha sido desestimada la personalidad jurídica de la sociedad. (Suárez León & López Guerrero, [¿2014?], p. 36)

eludir sus obligaciones o perjudicar a terceros. Por otro lado, es menester resaltar que tal responsabilidad no procede en cualquier momento, sino solo cuando los bienes de la empresa no sean suficientes para satisfacer la obligación radicada en cabeza de la sociedad. [Usar fundamento para el capítulo propositivo]

Entre los principales propulsores de esta doctrina, encontramos a Rolf Serick, que, según lo citado por Guerra Cerrón, el jurista alemán

introduce la concepción relativa a que la desestimación o prescindencia de la personalidad jurídica es un tema que pertenece al campo del abuso del derecho, entendido en términos concretos, como que la persona jurídica puede ser allanada en dos supuestos: cuando se la “utiliza abusivamente” y para los fines de “enlazar determinadas normas con la persona jurídica”. Además, también hace una gran crítica y reflexión al hecho que en la jurisprudencia alemana se ha privilegiado el principio de equidad a la seguridad jurídica, lo que sin duda es el fundamento de todas las posiciones contrarias a esta doctrina. (2007. p. 241)

La crítica y análisis que hace el autor a dicha doctrina es fundamental para aquellos que estudian la misma; sin embargo, se destaca por la propuesta de los supuestos que deben ser tomados como referentes para la aplicación en la sociedad. Entre ellos encontramos fraude a la ley por medio de la persona jurídica y daño fraudulento causado a terceros.

Esta doctrina al ser aplicada significaría un doble efecto, la primera, respecto “la afectación de la responsabilidad a las personas naturales o socios que integran dicha sociedad jurídica”. (Toledo Toribio y Arauco Vivas, 2017, p. 7), y la segunda, en el sentido que, “existiendo la

responsabilidad hacia socios de la persona jurídica, éstos deberán de asumir solidariamente la responsabilidad frente al derecho vulnerado [...]”. (*Ibídem*, 2017, p. 7).

Se justifica la preferencia en el cumplimiento de los créditos societarios, antes que el privilegio al hermetismo societario (que significa una responsabilidad limitada al socio), puesto que muchas veces es usado de forma fraudulenta o abusiva para perjudicar a terceros, ya sea al propio Estado, a través de evasión de impuestos o de otras formas, asimismo se genera daños a los acreedores (siendo la parte más débil) frente a la sociedad mercantil, en una relación jurídica.

En palabras de Fernando de Trazegnies, el levantamiento del velo no es otra cosa que

una institución nueva, destinada a evitar que, por detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados a un contrato. (2004, p. 12)

Así, permite postular y a analizar una opción de política legislativa de preferencia del crédito sociales, siendo prudente positivizar la despersonalización. También es importante analizar los convenios internacionales de la OIT, haciendo un parangón con la legislación interna en cuanto a la normatividad civil y la societaria, con el fin de estudiar la protección de los créditos sociales en la sociedad mercantil para evitar vulneración a la seguridad jurídica o contradicciones

normativas en el derecho interno con normas supranacionales como tratados internacionales.

El levantamiento del velo societario tiene como fin, evitar que se utilice incorrectamente la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento fraudulento, para eludir las responsabilidades propias del ejercicio de actividades mercantiles³⁷.

Como regla general, esta teoría, permite “penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al sacarle de esa ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto, - se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude” (En la Sentencia Civil n.º 271/2011, AP - Barcelona, Sec. 15, Rec 16/2011, 21-06-2011).

2.5. LA DESPERSONALIZACIÓN

El derecho es una disciplina que regula para conllevar una sociedad en orden y armonía, logrando la paz social en justicia, enfocándose en los cambios de la realidad social. Se ha visto muchas veces, que lo que se regula, en el ordenamiento jurídico, en un corto periodo, sus dispositivos legales resultan desfasados, ineficaces e inválidos, ya que el mundo

³⁷ Pero esta regla se limita a casos muy concretos y excepcionales, estando sometido su uso a criterios de cautela, proporcionalidad y subsidiariedad. Se comprende en esta previsión que no basta, pues, con la existencia de una sociedad mercantil ni tampoco con algunos elementos que pudieran resultar comprometidos, tales como la existencia de un grupo de sociedades o la personalidad de alguna de ellas, sino que debe apreciarse que exista fraude de ley o abuso de derecho.

globalizado y por ende el Derecho no es estacionario, pues los cambios son constantes, tanto en factores económicos, sociales y políticos³⁸; por tanto, el derecho debe estar en esa dinámica, debe ser cambiante y sobre todo buscar regular para el futuro. Y no escapa de esta constante los temas mercantiles, pues esta rama legal,

no es inmune o ajena a factores exógenos que obligan a reformular su rol de pacificador social, debiendo por tanto tener presente para su 'validez' y 'eficacia' las modificaciones sustanciales que se están produciendo en la elaboración de bienes y prestación de servicios, los cuales dan lugar, a su vez, a una recomposición interna y de actuación hacia el exterior de las empresas. (Fajardo Mori, p. 169)

En una realidad actual se analizará la factibilidad y la posición doctrinaria de preferir el cumplimiento de las obligaciones frente al acreedor, es decir pagar los créditos sociales, antes que un privilegio al hermetismo societario, ya que este principio, al igual que a responsabilidad limitada de una sociedad, muchas veces es usado de forma fraudulenta o abusiva para perjudicar a terceros, como es el caso de los trabajadores, los contratantes, el Estado por los impuestos prediales, entre otros.

³⁸ En los pasos agigantados de la sociedad que involucra a factores económicos, sociales, políticos y culturales, se ve involucrado a temas societarios y aspectos laborales, donde se ha visto que "[...] las conexiones entre el Derecho del Trabajo y la Economía se manifiestan primeramente en el influjo que la estructura económica ejerce sobre los factores institucionales o jurídicos. El Derecho del Trabajo no puede ser ajeno a circunstancias macroeconómicas tales como la relación población / población activa, o la relación esta y la asalariada, el grado de progreso tecnológico y de automatización, la situación de las magnitudes de ahorro, inversión y consumo, el volumen y la distribución de la renta nacional, los niveles de empleo, productividad y precios, la distribución de la mano de obra entre distintos sectores productivos, etc." (Montoya Melgar, 2012, p. 33). Ante estas realidades el derecho debe de buscar equiparar condiciones entre los más débiles y el *ius imperium* de los fuertes, haciendo una indiferenciación entre principios fundamentales del derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa y su libre manejo.

Así, en el capítulo propositivo, se analizará una opción política legislativa de preferencia del crédito sociales, y la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria; también es importante tener en cuenta los convenios internacionales de la OIT, observando la protección de los créditos laborales en la sociedad mercantil, para así evitar vulneración a la seguridad jurídica o contradicciones normativas, entre el derecho interno y las normas supranacionales. En ese sentido buscaremos entender el significado y sus alcances de la figura de la despersonalización, figura que en algunos casos ha sido aplicada como principio jurisprudencial; sin embargo, mientras no se regule expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, se deja abierta la posibilidad jurisdiccional para que aplicador del derecho, no aplique este principio, bajo sustento que se encuentra sometido únicamente a los mandatos de la constitución y la ley, mas no a un principio doctrinario o teoría implícita de la jurisprudencia. En síntesis, la aplicación de la figura de la despersonalización (persecutorio de créditos sociales), hoy en día, dependerá de la voluntad del juez, por lo que no todo órgano jurisdiccional estará en la obligación de aplicarla, generando, a nivel nacional, una jurisprudencia disímil en casos similares.

Para Jaime Arrubla, considera que esta figura (despersonalización), viene aplicándose alrededor del mundo, y se busca de responsabilizar a los asociados o agrupados en un ente ficticio que goza de personalidad jurídica, con la finalidad de que aquel ente ficticio que actúa con personalidad jurídica, escudándose en la mampara de su personalidad

(esto es en hermetismo societario para irresponsabilizarse) evite cumplir con sus acreedores. Indicando que se puede hacer uso de la despersonalización cuando la estructura formal de la persona jurídica utiliza de manera fraudulenta o con finalidad torcida, es en esos casos que debe el juez separar la personalidad jurídica de la persona natural, (2010, p. 63); en ese sentido, donde la doctrina considera factible el rompimiento del hermetismo societario; es decir, la penetración en el patrimonio propio de quienes conforman la persona jurídica. De contar con la tipificación expresa, tendría mayor eficacia y validez el pronunciamiento del juzgador, pues se basaría en el ordenamiento jurídico y no en solo en la doctrina o la casuística.

El pensamiento doctrinario, considera necesario que el ordenamiento jurídico y en general el derecho, deba de positivizar aspectos de relevancia en una realidad actual, pensando además en adelantar a la realidad social; claro está que para doctrina y la jurisprudencia se ha visto necesario la aplicación del principio del levantamiento del velo societario, puesto que se ha identificado la vulneración de los derechos del acreedor, buscando entonces el equilibrio entre la parte más débil frente a la empresa (como ente más fuerte) de una relación contractual; por tanto, es necesario que se esté pensando en el futuro para evitar dispositivos societarios ineficaces (ley muerta), y esto es, positivizando la figura de la despersonalización en el ordenamiento jurídico peruano.

El pensamiento doctrinario de penetrar en el patrimonio personal, o la comúnmente conocida doctrina del levantamiento del velo societario, principio persecutorio, principio de continuidad o la despersonalización, que tiene el mismo objeto, buscan equilibrar desigualdades entre el gran poderío que puede tener un ente de personalidad jurídica frente a una persona natural³⁹, es decir -como ya se indicó- dar (normativamente) de forma desigual a los desiguales cuando (los derechos) se desigualan.

Así nace estas teorías o corrientes doctrinarias que hoy en día tienen gran importancia, a pesar que no se ha registrado un nacimiento en el criterio de algún jurista o alguna corriente doctrinaria, emana del criterio de los juristas para emitir pronunciamientos buscando la equidad en las desigualdades sociales, es así que en la jurisprudencia de los encargados de la aplicación de las leyes (jueces), nace la despersonalización, pero sin base doctrinaria. Posteriormente han

³⁹ En la doctrina, así como en los ordenamientos jurídicos descendientes del derecho romano han acogida esta idea, denominándolas de diferente manera, toda una serie de instituciones pero que todas llegan a convergen en un solo punto, esto es producir el desistimiento de la personalidad jurídica, buscando la equidad entre las partes de una relación jurídica. “En tales casos no es necesario traer una teoría adicional, pues la previsión legal de las consecuencias de la aplicación de tales institutos lleva al apartamiento del velo corporativo. Tales instituciones, entre otras son: La simulación absoluta y relativa, la responsabilidad por el hecho ilícito, la acción pauliana o fraude pauliano, las acciones revocatorias en los procesos concursales, la acción civil que surge del delito, la solidaridad pasiva”. (Arrubla Paucar, 2010, p. 64)

En el caso que nos invoca, se acuña el término de despersonalización, toda vez que, en el trabajo que se realiza se trata de enfocar de manera general la equidad desde la personalidad jurídica, abarcando a no solo las sociedades mercantiles, sino a los entes empresariales o asaciones que constituyan en la calidad de empleador. Pues la doctrina del levantamiento del velo societario, es una figura más popular, pero todos sus estudios se centran principalmente en la despersonalización de una sociedad anónima, así en este trabajo se entenderá a la despersonalización como término más amplio y genérico que significa penetrar en el patrimonio personal, es decir romper con el hermetismo patrimonial, para buscar la equidad de las desigualdades. Y la mejor forma de expresarlo se considera con la positivización en nuestro ordenamiento jurídico.

surgido grandes estudios doctrinarios, encabezados por el sistema del *Common Law* del derecho norteamericano.

En el trabajo de Jaime Arrubla, señala un clásico fallo del derecho norteamericano, donde esos tribunales acogen la postura de que la responsabilidad de una corporación empresarial como asociación de personas con responsabilidad ilimitada, corresponde cuando se evidencien que actúa para atacar los intereses generales, justificar un daño, proteger un fraude o defender la comisión de un delito o falta. Jaime Arrubla señaló el pronunciamiento del tribunal americano con el siguiente tenor:

Si es que se puede ser establecida alguna regla general en el estado actual de la jurisprudencia, es que una sociedad anónima (*corporation*) será considerada como persona jurídica como regla general y hasta que parezcan razones que requieran lo contrario. Pero cuando la noción de persona jurídica sea utilizada para atacar los intereses generales, justificar un daño, proteger un fraude o defender la comisión de un delito, la ley considerará a la sociedad anónima (*corporation*) como una asociación de personas (sin responsabilidad limitada). (2010, p. 65)

En ese sentido, de forma global, la finalidad de los ordenamientos jurídicos, han sido buscar soluciones justas y equitativas, lo que no escapa que sea una finalidad en materia comercial. Respecto conflictos de índole mercantil, no se ha visto dispositivos legales que protejan a la parte más débil (acreedor de una persona jurídica), donde la empresa ha ocultado o transferido (desvió) su capital, con intención de generar los referidos créditos sociales, con abuso del derecho o fraude a la ley;

circunstancias que deben de regularizarse y poner baremos de limitación a esta situación. Claro está, que no se trata de perjudicar a la empresa o empresario en sí, como ente de personería jurídica, sino que, se trata de proteger al acreedor cuando la parte más fuerte quiera vulnerar sus derechos por argucias legales como el abuso de derecho o fraude a la ley.

A pesar que en el ordenamiento jurídico peruano no encontramos registro de la despersonalización, es evidente que esta doctrina ha sido incorporada en el sistema jurídico; sin embargo, esa inclusión se encuentra solo a través de la doctrina y la jurisprudencia, es por ello necesario a estas alturas (cuando el derecho es cambiante por la naturaleza de la globalización económica, la generación de mercados flexibles, la posibilidad de cambio de titularidad de sociedades, los mecanismos de fraude o abuso del derecho), que se incorpore la despersonalización como dispositivo normativo.

En el trabajo de tesis de Reyler Y. Rodríguez Chávez, que citando entre otros a Namen, señala que lo entendemos como despersonalización, a lo concerniente a,

una variedad extremada de hipótesis con significación anfibológica, en tanto, se utilizan para denotar, el 'perforamiento' de la persona jurídica sin afectar su 'alteridad', 'substrato' o personificación normativa en procura de la exacta identidad de sus titulares y, también, el desconocimiento de su 'subjetividad', autonomía e individuación jurídica, (2015, p. 94)

agrega además, que esta figura

afecta la personalidad jurídica que cubre a la sociedad, y que, dadas ciertas circunstancias, permite despojar de dicha estructura jurídica a la sociedad para hacer responsable de los actos cometidos aparente ente por aquella, a quienes se hallan detrás de la sociedad. (2015, pp. 94-95)

Más adelante, el mismo autor, citando a Carreño, indica que,

existe un velo que cubre el secreto de las actividades de las sociedades, pero en defensa de la irresponsabilidad de los socios, accionistas, administradores y de sus propiedades, se extiende a sus nombres y a las vinculaciones con entidades de su propiedad. Ello importa, hacer cuenta que la sociedad no existe y que el negocio o acto dañoso se hubiese ejecutado directamente por los socios. (*Ibíd*em, p. 95)

La figura de la despersonalización, en donde las obligaciones contractuales prevalecen a la del patrimonio empresarial o de sus socios, de modo que cualquier alteración en la estructura, de la propiedad o del contrato en general, no debe afectar los derechos de los acreedores, lo que significa que en ningún caso se debe de dejar de pagar los créditos sociales, cuando exista fraude a la ley o abuso de derecho.

Para la Corte Suprema, “el Principio de Despersonalización del Empleador, constituye un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y concretamente impuesto por la Constitución Política” (Casación n.º 1696-2012 – La Libertad); si partimos de esta premisa, pues claramente este principio convive en la jurisprudencia, como en la

doctrina, pero igualmente constituye una figura que puede o no aplicarse, por cuanto para muchos juzgadores no encontraran lo implícito dentro del ordenamiento jurídico, y aun siendo así, no sería de obligatorio cumplimiento para los jueces (pues no olvidemos que estos están sometidos sola ante la Constitución y la ley).

Es por ello que, para brindar seguridad a través de la predictibilidad del derecho y la uniformidad de los pronunciamientos jurisdiccionales, es que se requiere la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, derivados del fraude a ley o abuso de derecho.

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. DELIMITACIÓN DEL DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En este acápite, en principio, corresponde delimitar la ruta adoptada para contrastar la hipótesis planteada. En ese sentido, esta investigación, según los objetivos trazados, los métodos, las técnicas e instrumentos usados; además, del análisis de los conceptos jurídicos, del marco iusfilosófico y de las teorías conceptuales expresadas previamente, ha permitido demostrar positivamente la validación de la hipótesis.

Para poder validar la hipótesis planteada en la investigación, es idóneo recapitular el contenido antes señalado; especialmente considerando los acápites que convenientemente se han desarrollado en el marco teórico, considerándolos de forma sucinta pero direccionada a los fundamentos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización para aplicarla en los casos que exista créditos sociales derivados del fraude a la ley o abuso del derecho.

El aspecto iusfilosófico adoptado en la investigación se justifica porque se trata de involucrar un discurso de equilibrio entre la teoría que se

acoge –únicamente– a la norma tipificada y la teoría del liberalismo donde la decisión es adoptada –únicamente– por el aplicador del derecho; al respecto, en el desarrollo de dicho acápite, se enfatizó que la teoría iuspositivista es idónea para considerarla en la investigación, en tanto permite tener una mixtura de posiciones. Con ese lineamiento, se contrastó que los grupos de poder (sociedades de capital), frente a grupos vulnerables o menos fuertes (acreedores), esto es enfrentar los privilegios de la responsabilidad limitada frente a los derechos de los acreedores; por tanto, deberá de haber normas precisas en las que el juez tenga la obligación de aplicarlas, pero dejando potestad del juzgador hacerlo en circunstancias de abuso del derecho o fraude de ley.

Asimismo, para poder responder válidamente la problemática advertida, se desarrolló los derechos fundamentales que abarca el problema. En el cual, se analizó el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa; teniendo como principales postulados que los derechos fundamentales expresos (específicamente los enumerados en el artículo 2), son aquellos que taxativamente se encuentran en la Carta Magna; mientras, que los derechos fundamentales implícitos, son aquellos que derivan o están dentro de los derechos expresos (como es el caso del plazo razonable, que pese a no encontrarse textualmente en la Const., su contenido es implícito dentro del derechos al debido procedimiento); y, finalmente, los derechos fundamentales nuevos, considerándose allí los derechos que no se han tenido en cuenta en otras clasificaciones,

pudiendo ser aquellos derechos justamente reconocidos a la persona jurídica, en equilibrio de los derechos que tiene la persona humana.

En ese sentido, se trata de equiparar los derechos de la persona natural a los de la persona jurídica, lo que de ningún modo significa que el sujeto ideal (la persona jurídica) adquiera derechos violando derechos de la persona natural, como sería el caso de avalar el hermetismo societario y la responsabilidad limitada para perjudicar a un tercero acreedor, cuando los perjuicios se generen por abuso del derecho o fraude a la ley.

No se debe de perder de vista, tal como se desarrolló en el capítulo de marco teórico, que la vida de la persona natural nace con la concepción y es considerada como sujeto de derecho desde su nacimiento; mientras que la persona jurídica (como aquella creación legal y voluntaria de la persona natural, de ahí que se conceptualiza como sujeto ideal) nace jurídicamente por aval de las disposiciones legales, considerando que su existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, comienza el día de su inscripción en el registro respectivo; 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 76 a 78 del referido cuerpo normativo).

En ese sentido, nótese que, si la persona jurídica nace de la voluntad, necesariamente, del ser humano (persona natural), por una permisión

legal (su existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica se determina por disposiciones legales), las consecuencias negativas y/o positivas, derivan -en sí- de la voluntad de la persona natural, que tiene las riendas de la sociedad; por tanto, también deberá de responsabilizarse de los efectos pasivos, a las personas naturales que forman parte de ese constructo ficticio llamado persona jurídica. De esa manera, si existe una esfera legal de protección a la persona jurídica, y se tiene claro que su funcionamiento deriva de la voluntad humana, deberá de existir dispositivos legales que protejan los derechos de terceros perjudicados, cuando las personas naturales asociadas (bajo el toldo de persona jurídica) generan créditos sociales por abuso del derecho o fraude a la ley, para lograr la paz social en derecho.

La ruta o el diseño de contrastación de hipótesis adoptada, permite demostrar que un adecuado ordenamiento jurídico, bajo el enfoque de la teoría del positivismo incluyente, deberá de tipificar situaciones relevantes para que los aplicadores del derecho uniformicen criterios jurisdiccionales comerciales-societarios a nivel nacional. Asimismo, bajo los conceptos y teorías doctrinarias, se demuestra que la tipificación de la despersonalización brindará seguridad jurídica y garantías en el entorno comercial, permitiendo un efecto positivo en el adecuado funcionamiento de la economía societaria frente a los terceros contratantes. Finalmente, se demuestra que la tipificación de situaciones concretas como los postulados en la investigación, generan

predictibilidad del derecho, las acciones societarias y la actuación de los aplicadores de la Ley.

Por otro lado, con la validación de la hipótesis permite hacer una propuesta normativa; ante la demostración de que la persona jurídica, cuando acciona en un ejercicio abusivo del derecho o realiza actuaciones fraudulentas ante la ley, que genere créditos societarios, amparada en la personería jurídica, deberá de romper el hermetismo societario, para perseguir los créditos societarios con los resulten (socios) verdaderamente responsables, sino parece que es una figura promovida por el ordenamiento legal; con la tipificación de la despersonalización se protegería al sistema jurídico, que no se muestre como uno permisible de aquellas actuaciones destinadas a eludir el cumplimiento de obligaciones, mediante el empleo de una persona jurídica.

Lo antes referido, ha delimitado la línea directriz de la contratación de hipótesis; sin embargo, para mayor detalle en su demostración, corresponde desarrollar a continuación cada uno de los apartados de la hipótesis, los cuales dan respuesta a la pregunta de investigación formulada y, permiten puntualizar los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, derivados de fraude a la ley o abuso del derecho.

3.2. VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

En el desarrollo dogmático del trabajo, se postuló como adecuado la aplicación, como aspecto de conocimiento filosófico, el positivismo jurídico incluyente; en tanto, en sintonía con la hipostasis plantada, en la futura tipificación de la despersonalización, permitirá al juzgador aplicar valores, principios y aspectos morales, según el caso en concreto, lo cual se realizará, de *ultima ratio* y de forma excepcional, luego de ordenar la persecutoriedad de créditos sociales, en circunstancias de abuso del derecho o fraude a la ley.

Se considera necesaria, la tipificación de la figura de la despersonalización, en tanto, mantener la teoría del velo societario como dispositivo implícito, genera disparidad en la jurisprudencia nacional y con ello se pierde la garantía de predictibilidad del derecho y la seguridad jurídica. Además, la referida teoría podría ser aplicada por el juez de forma subjetiva, perjudicando intereses de terceros, y el Derecho tiene por finalidad brindar justicia en conformidad de un ordenamiento jurídico con aplicación de aspectos concretos y estrictamente regulados; y no, un derecho creado por el hombre para cada caso, ni basados en pronunciamientos fundamentados en la divinidad, tratando de convertir lo arcano o ciencia oculta a la ciencia jurídica; donde, igualmente, un hombre determine lo justo y valido solo por convicción, la misma que puede ser diferente por cada juez.

En ese sentido, se requiere la tipificación de la despersonalización, para que sea aplicada por todos los jueces a nivel nacional cuando exista casos de créditos sociales derivados del fraude a la ley o abuso del derecho. Es así que, ante el hermetismo societario y la responsabilidad limitada que tienen las sociedades mercantiles (como órgano de mayor poder); haya generado la presencia de créditos sociales por abuso del derecho o fraude a la ley, se debe preferir la persecutoriedad de los créditos para cumplir con las obligaciones que se tenía con los acreedores; donde se concluye, una imperiosa necesidad de tipificar la aplicación de la despersonalización de créditos societarios, permitiendo amplia posibilidad de que el juez, en el caso concreto (que esté evaluando), aplique criterios de moral, valores y principios, pero siempre a sombras de una orden tipificada, siendo el único aval para que se evite el subjetivismo y los fundamentos de divinidad irrestricta que puede dar el juzgador.

Pues, en concordancia con el maestro Juan García Amado, un verdadero ordenamiento jurídico, no permite la presencia de “jueces que se consideren delegados del más allá, representantes del orbe divino, hechiceros, chamanes, espiritistas [...]” (exposición oral realizada en la Asunción – Paraguay)⁴⁰, en tanto no serían reglas claras ni uniformes, refiriéndose que corresponde tipificar aspectos donde el legislador pueda aplicar fundamentos de ponderación, Juan García Amado en la

⁴⁰ Organizado por el Colegio de Abogados del Paraguay, el Instituto Panamericano de Derecho Procesal - Capítulo Paraguay; realizado el tres de abril de dos mil diecinueve, evento transmitido por redes sociales.

conferencia citada, refiere que ante una situación de vacío legal (pese a existir jurisprudencia que llena la laguna normativa) preferiría que su “caso se resolviera lanzando una moneda a cara o cruz, porque al menos la moneda es imparcial, mientras que ese juez que dice que ponderó, que escuchó la voz del legislador, que tiene acceso a los verdaderos contenidos morales, que conoce desde dentro e íntimamente y que cada día se roza de cerca con los supremos principios constitucionales”. (*ibídem*). Nos da a entender con ello, que cuando no hay una regulación, los fundamentos del juzgador resultan ser imparciales y tóxicos en un sistema jurídico como el nuestro, que, como principio general, la Ley es creada por el Poder Legislativo y es el Poder Judicial el encargado de aplicarlo, mas no tiene facultad de crear dispositivos normativos.

Por ello, buscar un equilibrio entre diferentes derechos de personas naturales y/o jurídicas en disputa, se requiere tener en cuentas valores y la propia norma; pues es la razón que el presente trabajo esté vinculado con el positivismo incluyente, ya que en sus procedimientos prevalece el paradigma de los valores y principios. De ese modo, la tipificación de la despersonalización, además de conformar un sistema legal confiable, estable y predecible; coadyuva a sostener las pautas de moral política, en la iniciativa de establecer la existencia, contenido y significado de los dispositivos legales con validez a través de la confluencia también de valores y principios. En esta directriz, será posible determinar la existencia, el contenido o su significado de las leyes tipificadas

El trabajo de investigación, se centró en dar solución a la interrogante de la problemática planteada, que tuvo la siguiente formulación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización, en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales?

En esa directriz, como respuesta tentativa, se postuló que los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, son:

- a) La uniformidad en la aplicación de criterios jurisdiccionales comerciales-societarios a nivel nacional derivada de la tipificación de la figura de la despersonalización.
- b) La garantía de tener seguridad jurídica, deriva de la incorporación de la despersonalización como dispositivo normativo.
- c) La predictibilidad del derecho derivada de la inclusión de la despersonalización en la legislación societaria.

Luego de lo detallado, como didáctica de contrastación de hipótesis, se hace referencia individual a cada una de los apartados antes señalados, demostrando que ante la problemática que se ha investigado, concurren fundamentos jurídicos-dogmáticos que dan solución al problema; por

ende, los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, derivados del fraude a la Ley o abuso del derecho, son:

3.2.1. La uniformidad en la aplicación de criterios jurisdiccionales comerciales-societarios a nivel nacional, derivada de la tipificación de la figura de la despersonalización

Uno de los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, es la uniformidad en la aplicación de criterios jurisdiccionales socio-comerciales a nivel nacional, derivada de la tipificación de la figura de la despersonalización.

En el desarrollo del trabajo investigado, se concluyó que el modelo económico con mixtura del ordenamiento jurídico peruano, coadyuvan a la libertad de empresa, direccionándose a la apertura comercial permitiendo que la persona jurídica goce de autonomía patrimonial, individualizando el patrimonio de los socios con el de la sociedad. En ese sentido, la responsabilidad del socio, en la actual legislación, se limita al aporte de sus acciones societarias, donde se cubre toda responsabilidad hasta agotar el capital contribuido para la conformación de la sociedad mercantil.

La norma sustantiva, contiene un lineamiento de estricto respeto al principio de la autonomía patrimonial, así pues, a través de la tipificación realizada en el art. 78 del C. C., reconoce que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer las deudas que adquiera la sociedad con su patrimonio personal. El cual, su contenido es válido, siempre y cuando, los socios no actúen con abuso del derecho ni defraudando a la Ley.

En el mismo sentido, en el art. 51 de la Ley General de Sociedades, se reconoce el privilegio de la responsabilidad limitada a los miembros de la sociedad mercantil, refiriendo que los accionistas, no responden personalmente de las deudas sociales. Con todo lo estudiado se demuestra que el sistema legal protege a la inversión privada y reconoce como perfecto el modelo económico; sin embargo, no se protege los derechos de los acreedores que han quedado sin cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas con la persona jurídica. Conductas que con la actual tipificación permite que sucedan por la liberalidad en la impenetrabilidad al patrimonio personal que tienen los sujetos que adquieren personería jurídica.

Esto nos permite analizar, y se evidencia, que la protección realizada por la norma sustantiva, deja vacíos relevantes; en tanto, ante la presencia de créditos sociales, derivados por conductas fraudulentas a la Ley o resultantes del abuso del derecho que accionó la persona jurídica, no se ha estipulado mecanismo sancionador ni preventivo para evitar la generación de créditos.

Ahora bien, si bien es cierto, existe una doctrina jurisprudencial denominada levantamiento del velo societario, considerada como norma tácita o elemento implícito en el ordenamiento jurídico peruano y se ha aplicado en la jurisprudencia (Casación n.º 1696-2012 – La Libertad); ello no garantiza la adopción de esta teoría por parte del aplicador del derecho. Es decir, queda a discrecionalidad del juez, valerse de la teoría del velo societario, para resolver un caso en concreto que ha generado créditos sociales derivados del abuso del derecho o fraude a la Ley; o, por el contrario, fundamentar su decisión inhibitoria, en la obediencia y sometimiento del juez únicamente a la ley y a la constitución, para decidir no aplicar la teoría de la despersonalización, coadyuvado en la norma sustantiva referida a que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas (la impenetrabilidad del patrimonio personal de los socios).

Por tanto, queda demostrado que, ante una ausencia de la tipificación de la despersonalización, en el ordenamiento jurídico especial del ámbito societario, este estaría permitiendo que los socios, se valgan del hermetismo social para incumplir sus obligaciones legales o contractuales o evadir responsabilidades patrimoniales de cualquier clase; dirigiendo a la persona jurídica según sus propios intereses (de los socios), de acuerdo a los que más les convenga, incluso transfiriendo créditos a otras sociedad con el fin de que se evada responsabilidades de alguna de ellas, generándose, sin lugar a dudas, situaciones de abuso de la personalidad jurídica, bajo la permisión legal y constitucional.

Consecuentemente, ante la identificación de permisiones normativas que admiten conductas abusivas de las sociedades mercantiles, es necesario corregir los privilegios de la responsabilidad limitada y el hermetismo societario que tienen los socios: por tanto, luego de un análisis cualitativo de los conceptos jurídicos, del marco iusfilosófico y de las teorías conceptuales expresadas previamente, queda demostrado que la incorporación de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, derivados del fraude a la Ley o abuso del derecho, uniformiza los criterios jurisdiccionales comerciales-societarios a nivel nacional, en tanto los aplicadores del derecho están sometidos a cumplir la Ley.

3.2.2. La garantía de tener seguridad jurídica, deriva de la incorporación de la despersonalización como dispositivo normativo

Otro de los fundamentos jurídicos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, es que, la garantía de tener seguridad jurídica, deriva de la incorporación de la despersonalización como dispositivo normativo.

Como se había señalado, un adecuado ordenamiento jurisdiccional, debe de garantizar la seguridad jurídica, en toda la esfera legal de actuación normativa; así, el sistema legal debe ser uno confiable, estable y predecible; y para ello, se tiene que cubrir los vacíos legales, con la regulación de la despersonalización para garantizar la seguridad jurídica, de acuerdo al análisis del caso en concreto, planteado en esta investigación.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano, en el afán de reconocer derechos fundamentales de la persona jurídica, mediante pronunciamientos jurisprudenciales, equipara a los derechos de las personas naturales, recuérdese que se registró el derecho al honor y a la buena reputación de la personería jurídica. Específicamente en la sentencia derivada del expediente n.º

02432-2007-PHC/TC⁴¹ (considerando 10), el TC reconoce a la persona jurídica como nuevo derecho humano no enumerado en la Constitución, pero sí en el artículo 16 del Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese orden de ideas, si la Constitución ha concedido ciertos derechos al ser humano, como persona natural, ya sean expresos o implícitos, e incluso los nuevos derechos fundamentales que el máximo intérprete de la Constitución está reconociendo a la persona jurídica; no obstante, debe de guardarse una relación lógica entre estos tipos de personas, en cuanto responsabilidades adquiridas. Corresponde individualizar la persona jurídica de la natural; pero no enerva considerar que la dirección que siga la persona jurídica dependa únicamente de la voluntad de los accionistas, representados por la persona natural asociada; es decir, si la persona jurídica nace de la voluntad, necesariamente, del ser humano (persona natural), por una permisión legal (su existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica se determina por disposiciones legales), las consecuencias negativas y/o positivas, derivan -en sí- de la voluntad de la persona natural, que tiene las riendas de la sociedad; por tanto, también deberá de responsabilizarse de los

⁴¹ Se puede acceder al contenido integro de la sentencia en el siguiente enlace: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02432-2007-HC.pdf>

pasivos, a las personas naturales que forman parte de ese constructo ficticio llamado persona jurídica.

De esa manera, si existe una esfera legal de protección a la persona jurídica, y se tiene claro que su funcionamiento deriva de la voluntad humana, deberá de existir dispositivos legales que protejan los derechos de terceros perjudicados (acreedor), cuando las personas naturales asociadas (bajo el toldo de persona jurídica) generan créditos sociales por abuso del derecho o fraude a la ley.

No debemos olvidar que la seguridad jurídica es un principio y garantía de la sociedad organizada, para el respeto, estabilidad y mantenimiento del ordenamiento o sistema jurídico, con la consecuente protección de la persona como fin supremo; solo así se logrará la paz social en justicia.

Es necesario que el ordenamientos jurídicos, positivice aspectos latentes en la realidad actual, como es el caso de la evasión de responsabilidades civiles o societarias que hacen las personas jurídicas cuando generan créditos para salir del mercado; en estas circunstancias para la doctrina y la jurisprudencia consideran prudente la aplicación de la teoría o doctrina del levantamiento del velo societario; sin embargo, como se expuso en el acápite anterior, mientras no esté regulada la figura de la

despersonalización, no es exigible que el juzgador la aplique, lo que genera antecedentes disímiles en circunstancias idénticas, porque no todos los jueces del ámbito nacional considerarán aplicarla, en tanto su sometimiento es solo a la constitución y a la ley.

Para la persona jurídica, sus socios y en general la sociedad civil, ante un vacío de esta naturaleza (que si bien es cierto puede haber personas jurídicas que se benefician por fraude a la ley o abuso del derecho) les genera incertidumbre jurídica; problemas en el sistema contractual, porque puede eventualmente producirse créditos sociales y la persona jurídica desviar sus fondos, capital o activos, para evadir responsabilidades; por ello, con la tipificación de la despersonalización, sabiendo que habrá persecutoriedad a través de la ruptura del hermetismo societario, generará seguridad jurídica.

Por tanto, ante la identificación de las falencias en un ordenamiento legal con vacíos normativos, y luego del análisis cualitativo de los conceptos jurídicos, del marco iusfilosófico y de las teorías conceptuales expresadas previamente, queda demostrado que la incorporación de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, derivados del fraude a la Ley o abuso del derecho, garantizará la seguridad jurídica.

3.2.3. La predictibilidad del derecho derivada de la inclusión de la despersonalización en la legislación societaria

Finalmente, como otro fundamento jurídico que justifica la inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, cuando opere el fraude a la ley o con abuso del derecho, es la predictibilidad del derecho, derivada de la inclusión de la despersonalización en la legislación societaria.

Con la persecutoriedad de los créditos sociales, se busca equilibrar desigualdades entre el gran poderío que tiene un ente enmarcado en la personería jurídica, frente a una persona natural; es decir, un adecuado ordenamiento jurisdiccional, además de ser uno confiable y estable, tiene que ser -sobre todo- predecible; no puede permitir vacíos normativos que, si bien es cierto, pueden ser parchados con la jurisprudencia, a través de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario, ello no garantiza la adopción de dicha teoría por parte de cada juez encargado de pronunciarse respecto créditos sociales derivados del fraude a la ley o abuso del derecho.

Con ese panorama, existiría incertidumbre de la posición que tomase el juzgador, que por consecuencia lógica no se garantizaría el principio de la predictibilidad del derecho, dejando la incertidumbre en el justiciable; situación que se subsana, en un

marco legal y constitucional, con la inclusión de la figura de la despersonalización en el ordenamiento legal societario.

En ese sentido, por dispositivo legal, todos los aplicadores del derecho, tendrían la obligatoriedad de emplear la ley uniformemente, generando predictibilidad para la comunidad en general y en especial para los justiciables; considerando que la responsabilidad de una persona jurídica, involucra a los asociados (personas naturales que la conforman), cuando se evidencien que actúa para afectar los intereses generales, justificar un daño, proteger un fraude o defender la comisión de un delito o falta, sintetizados en el abuso del derecho o fraude a la ley.

La inclusión de la figura de la despersonalización en la legislación societaria, significa proteger derechos fundamentales, como equilibrar la brecha de poder que exista entre sujetos de derecho; esto es, dar (normativamente) de forma desigual a los desiguales cuando (los derechos) se desigalan, lo que nos lleva a tener un ordenamiento, uniforme, con seguridad jurídica y predecible.

Para la Corte Suprema, “el Principio de Despersonalización del Empleador, constituye un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y concretamente impuesto por la Constitución Política” (Casación n.º 1696-2012 – La Libertad); si partimos de esta premisa, pues claramente este principio convive

en la jurisprudencia, como en la doctrina, pero igualmente constituye una figura que puede o no aplicarse, por cuanto para muchos juzgadores no encontrarán lo implícito dentro del ordenamiento jurídico, y aun siendo así, no sería de obligatorio cumplimiento para los juzgadores del derecho (pues no olvidemos que estos están sometidos sola ante la Constitución y la Ley).

Es por ello que, para brindar seguridad a través de la predictibilidad del derecho y la uniformidad de los pronunciamientos jurisdiccionales, es que se requiere que esté positivizado la figura de la despersonalización de créditos sociales dentro de la legislación societaria como norma especial del problema investigado.

De acuerdo al contenido y alcances de la figura de la despersonalización, en contraste al hermetismo societario y la responsabilidad limitada que tienen los asociados bajo las sobras de la persona jurídica, se puede concluir que, existe supuesto de abuso de derecho o fraude a la ley donde estos principios protectores de la personería pierden vigencia, en tanto se protege un derecho superior y legítimo que tiene un tercero afectado por voluntad intencional de los miembros de la persona jurídica; es en estos casos donde la despersonalización como aquel levantamiento de hermetismo societario o la pérdida de responsabilidad limitada, debe de prevalecer, y tener como objeto

del dispositivo normativo el equilibrio de poderes, grosso modo, garantizando un juego limpio en el cumplimiento de los contratos inter-partes, garantizando que el acreedor pueda satisfacer sus pretensiones cuando se advierta circunstancias específicas de defraudación a la ley o abuso de derecho.

Claro está que, algunos jueces pueden buscar la equidad en las desigualdades sociales, a través de la emisión de sus criterios jurisdiccionales, y en el caso en concreto aplicando la teoría del levantamiento del velo societario; sin embargo, no asegura una predictibilidad del derecho en cada juzgado competente en la materia. Por ello, con despersonalización, como dispositivo normativo, significa consolidar el sistema legal y jurisdiccional, claro está, que la inclusión de la referida figura se basa en la premisa que la persona jurídica se considerará como tal, con responsabilidad limitada y la impenetrabilidad en el patrimonio personal de los socios hasta que aparezcan razones que requieran lo contrario; es decir, cuando la noción de personería jurídica sea utilizada para generar créditos sociales derivados del fraude a la ley o con abuso del derecho.

CAPITULO IV

PROPUESTA NORMATIVA

4.1. APRECIACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

En este trabajo, se trazó como objetivo dar una propuesta normativa ante el vacío legal advertido; en ese sentido, en este capítulo se trata de proponer bajo qué presupuestos se ampararía la incorporación de la despersonalización como dispositivo normativo legal dentro de la legislación societaria.

Téngase en cuenta que, el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, señala que “el Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes. También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo, lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley”.

En ese sentido, el artículo 67 del Reglamento del Congreso de la República, define a las proposiciones de ley o proyectos de ley o de resolución legislativa, como instrumentos mediante los cuales se ejerce el derecho de iniciativa legislativa y se promueve el procedimiento

legislativo, con la finalidad de alcanzar la aprobación de una ley o resolución legislativa por el Congreso.

Para ello, también se requiere tener en cuenta lo regulado en el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República⁴², referente a los requisitos de las proposiciones legislativas. El referido artículo establece que las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental.

De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Agregando que estos requisitos pueden faltar, pero solo por razones muy excepcionales y se debe entender como razones justificadas, sin perjudicar la razón de la ley.

⁴² Artículo 75.

Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos solo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Las proposiciones de resolución legislativa se sujetarán a los mismos requisitos que los de ley, en lo que fuera aplicable.

Las proposiciones de ley y de resolución legislativa se presentarán ante la Oficialía Mayor del Congreso en día hábil y horario de oficina, para su registro; sin embargo, el Consejo Directivo puede disponer que funcione una oficina especial de la Oficialía Mayor que reciba las proposiciones en día y horario distinto, cuando las circunstancias así lo requieran, dando cuenta a los Congresistas.

Por otro lado, se han señalado requisitos específicos para poder presentar una iniciativa legislativa; el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, señala que, cuando la iniciativa legislativa es presentada por los ciudadanos, deben ir acompañadas por las firmas de por lo menos 0.3 % de la población electoral y una resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, que declare expedito el procedimiento al haberse realizado la comprobación de firmas, de acuerdo con la ley que regula la materia. El oficio de remisión al Congreso debe estar firmado por uno o por los diez primeros ciudadanos que suscriben la iniciativa, indicando, además del número de libreta electoral, la dirección donde deba notificársele en caso necesario.

Teniendo en cuentas estos requisitos, a continuación, se hace el desarrollo de la proposición legislativa.

4.2. PROYECTO DE LEY

Los ciudadanos que suscriben, a iniciativa del señor César Hugo Fernández Silva, en uso de las facultades legislativas que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Estado y cumpliendo los requisitos de los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, en conformidad del artículo 67 del referido reglamento, proponen el Proyecto de Ley siguiente:

4.3. FORMULACIÓN LEGAL

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE INCLUYE LA FIGURA DE LA DESPERSONALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA, PARA LOS CASOS EN QUE EXISTAN CRÉDITOS SOCIALES

Artículo 1. Objeto de la Ley

El objeto de la presente ley es incorporar la figura de la despersonalización como dispositivo normativo legal dentro de la legislación societaria, para los casos en que existan créditos sociales, derivados del fraude a la ley o abuso del derecho.

Artículo 2. Incorpórese el artículo 122-A, y artículo 122-B al título III denominado extinción, de la sección cuarta denominada disolución, liquidación y extinción de sociedades, del libro cuarto denominado normas complementarias, de la Ley General de Sociedades.

Artículo 122-A. La despersonalización

La despersonalización, significa el rompimiento al hermetismo societario; es decir, la penetración en el patrimonio propio de quienes conforman la persona jurídica.

Artículo 122-B. Ámbito de aplicación de la despersonalización

Los acreedores, que no hayan sido pagados, no obstante, la liquidación de dichas sociedades, podrán hacer valer sus créditos frente a los socios o accionistas, por el monto total, como medida excepcional de última ratio, cuando se acredite fraude a la ley o abuso del derecho.

122-B.1. La responsabilidad de la sociedad

En la aplicación de la despersonalización, no se desestima la personalidad de la persona jurídica, sino la responsabilidad; sin que opere la oposición subjetividad de la diferenciación de los sujetos.

122-B.2. Aplicación preferente

En la tramitación y resolución de los procedimientos persecutorios de despersonalización, las disposiciones previstas en este artículo se aplicarán preferentemente a cualquier otra norma que contenga disposiciones distintas.

122-B.3. Exclusión de acreedores

Para efecto de aplicación de la despersonalización, no se consideran como deudores, las entidades que integran la estructura del Estado, tales como los organismos públicos y demás entes de derecho público; las administradoras privadas de fondos de pensiones, las personas que forman parte del

sistema financiero o del sistema de seguros. Asimismo, tampoco se encuentran comprendidos en la Ley los patrimonios autónomos ni las personas naturales que no realicen actividad empresarial.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Vigencia de la Ley

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Lima, noviembre de 2021.

4.4. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La responsabilidad limitada de los socios que conforman una persona jurídica, nace en el Derecho Anglosajón, como alternativa de explotación económica dirigida a pequeñas y medianas entidades empresariales, con el fin de aportar poco capital y no poner en riesgo el patrimonio personal de los socios.

El modelo económico adoptado por el Perú, coadyuva a la libertad de empresa, así buscan la apertura comercial y que la persona jurídica goce de autonomía patrimonial, lo cual se representa en la independencia entre los patrimonios de los socios y la sociedad.

Por tanto, la responsabilidad del socio, en la actual legislación, es limitada al aporte de sus acciones, donde se cubre toda responsabilidad hasta agotar el capital contribuido para la conformación de la sociedad mercantil. Así se evidencia de lo establecido en el artículo 78 del Código Civil, que a letra estipula “La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”, existiendo por parte de la norma sustantiva un estricto respeto al principio de la autonomía patrimonial de las sociedades mercantiles.

En el mismo sentido, la Ley General de Sociedades, reconoce el privilegio de la responsabilidad limitada a los miembros de la sociedad mercantil, en su artículo 51 ha establecido que “En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales (...)”.

Entonces, de solo regular el hermetismo societario, sin considerar la figura de la despersonalización, puede recaer en circunstancias que permite a los socios, se valgan de ficciones jurídicas como el hermetismo social, que obviando la prueba de hechos permiten ejercer derechos y exigir el cumplimiento de obligaciones, sin los cuales sería imposible la convivencia humana pacífica.

La figura de la despersonalización, tiene como finalidad evitar que, por detrás de un formalismo jurídico (hermetismo societario y la responsabilidad limitada), se desarrollen actividades que perjudican a acreedores; por ello, con la tipificación de la despersonalización se protegería al sistema jurídico, que no se muestre como uno permisible de aquellas actuaciones destinadas a eludir el cumplimiento de obligaciones, mediante el empleo de una persona jurídica, sino como un órgano jurídico confiable, seguro estable y predecible.

En consecuencia, en la investidura de persona jurídica, los socios (accionistas) escudados en la impenetrabilidad al patrimonio personal, han provocado (intencionalmente) que la empresa pierda, transforme (simuladamente) o transfiera su capital a otras personas -naturales y/o jurídicas-, con la finalidad de evadir pretensiones indemnizatorias (pagar deudas) de carácter societario.

Si bien es cierto, la doctrina y la jurisprudencia ha tratado esta problemática con la teoría del velo societario; sin embargo, no existe uniformidad en la aplicación de criterios jurisdiccionales, por ende no hay seguridad jurídica ni predictibilidad del derecho en tanto, el juzgador está sometido -solamente- a la Constitución y a la ley, por ende, aplicar la teoría del levantamiento del velo societario queda a potestad del juez, con una cruda realidad jurisdiccional multifacética, no es ajeno pensar que en casos jurisdiccionales, pese a tratarse de mismos distritos judiciales, no necesariamente, el juez, aplicaría esta corriente doctrinaria

(a la vez dispositivo tácito), justamente amparándose en su libre discrecionalidad.

Siendo necesario que, en nuestra legislación, con fines de brindar mayor seguridad jurídica y protección a la parte más débil (acreedor), se implemente una limitación a la impenetrabilidad o hermetismo societario bajo determinados supuestos, ya sea por fraude a la ley o por abuso de derecho, debiendo positivarse la despersonalización en tales supuestos. Con ello, se busca proteger al acreedor teniendo en cuenta ciertos criterios para que se haga la persecución de los créditos sociales.

Aplicar la despersonalización, como dispositivo legal, tiene doble efecto, el primero, respecto la afectación de la responsabilidad a las personas naturales o socios que integran dicha sociedad jurídica, y el segundo, en el sentido que, existiendo la responsabilidad hacia socios de la persona jurídica, estos deberán de asumir solidariamente la responsabilidad frente al derecho vulnerado. (Toledo Toribio y Arauco Vivas, 2017, p. 7).

En el trabajo de tesis de Reyler Y. Rodríguez Chávez, que citando entre otros a Namen, señala que lo entendemos como despersonalización, a lo concerniente a,

una variedad extremada de hipótesis con significación anfibológica, en tanto, se utilizan para denotar, el 'perforamiento' de la persona jurídica sin afectar su 'alteridad', 'substrato' o personificación normativa en procura de la exacta identidad de sus titulares y, también, el desconocimiento de su 'subjetividad', autonomía e individuación jurídica, (2015, p. 94)

agrega, además, que esta figura

afecta la personalidad jurídica que cubre a la sociedad, y que, dadas ciertas circunstancias, permite despojar de dicha estructura jurídica a la sociedad para hacer responsable de los actos cometidos aparente ente por aquella, a quienes se hallan detrás de la sociedad. (2015, pp. 94-95)

Más adelante, el mismo autor, citando a Carreño, indica que,

existe un velo que cubre el secreto de las actividades de las sociedades, pero en defensa de la irresponsabilidad de los socios, accionistas, administradores y de sus propiedades, se extiende a sus nombres y a las vinculaciones con entidades de su propiedad. Ello importa, hacer cuenta que la sociedad no existe y que el negocio o acto dañoso se hubiese ejecutado directamente por los socios. (*Ibíd*em, p. 95)

La figura de la despersonalización, en donde las obligaciones contractuales prevalecen a la del patrimonio empresarial o de sus socios, de modo que cualquier alteración en la estructura, de la propiedad o del contrato en general, no debe afectar los derechos de los acreedores, lo que significa que en ningún caso se debe de dejar de pagar los créditos sociales, cuando exista fraude a la ley o abuso de derecho.

En ese sentido, nótese que, si la persona jurídica nace de la voluntad, necesariamente, del ser humano (persona natural), por una permisión legal (su existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica se determina por disposiciones legales), las

consecuencias negativas y/o positivas, derivan -en sí- de la voluntad de la persona natural, que tiene las riendas de la sociedad; por tanto, también deberá de responsabilizarse de los pasivos, a las personas naturales que forman parte de ese constructo ficticio llamado persona jurídica.

De esa manera, si existe una esfera legal de protección a la persona jurídica, y se tiene claro que su funcionamiento deriva de la voluntad humana, deberá de existir dispositivos legales que protejan los derechos de terceros perjudicados, cuando las personas naturales asociadas (bajo el toldo de persona jurídica) generan créditos sociales por abuso del derecho o fraude a la ley, para lograr la paz social en justicia.

A decir de Christian Hernández, citando a Mauricio Bello, en el ámbito comparado como el derecho americano, la despersonalización “[...] *is an equitable remedy where a court may disregard the separate existence of an insolvent corporation for the purpose of imposing liability upon its shareholders for corporate indebtedness* [es un remedio equitativo donde un tribunal puede ignorar la existencia separada de una sociedad insolvente para el propósito de imponer responsabilidad a sus accionistas por los daños y perjuicios causados]” (2020, párr. 7).

Recuérdese que la aplicación de la figura de la despersonalización, corresponde hacerlo de ultima ratio con ello no se busca que se pierda la responsabilidad limitada o deje de existir la protección al patrimonio

personal, sino que, en situaciones que se acredite abuso del derecho o fraude a ley, deba de romperse el hermetismo societario. Es decir, esta figura debe aplicarse como medida excepcional y de última ratio, cuando se acredite fraude a la ley o abuso del derecho; los efectos de la aplicación de la despersonalización, no se debe de desestimar la personalidad de la persona jurídica, sino la responsabilidad; además no debe de oponerse el nivel cualitativo distintivo entre los sujetos de personería jurídica y sus accionistas.

Por tanto, los fundamentos que justifican la inclusión de la figura de a despersonalización, se basa en que, un adecuado ordenamiento jurídico, deberá de tipificar situaciones relevantes para que los aplicadores del derecho uniformicen criterios jurisdiccionales comerciales-societarios a nivel nacional.

Asimismo, la tipificación de la despersonalización brindará seguridad jurídica y garantías en el entorno comercial, permitiendo un efecto positivo en el adecuado funcionamiento de la economía societaria frente a los terceros contratantes. Finalmente, la tipificación de la despersonalización, generan predictibilidad del derecho, en las acciones societarias y la actuación de los aplicadores de la Ley.

Respecto el interés como elemento constitutivo de la despersonalización. Ahora bien, es importante precisar cuándo, el acreedor, adquiere el interés para obrar, en tanto, esta, es una

institución que está íntimamente vinculada a principios de economía procesal y el principio de costo beneficio de un resultado fundado, en términos de Giovanni Priori, el interés para obrar “(...) sirve para evitar una actividad procesal relativa a una demanda o una defensa fundada, pero inútil”. (2003).

La falta de interés para obrar del demandante se distingue de todos los demás presupuestos procesales, en la limitación temporal de su utilidad en el proceso como institución procesal, instrumental. Mientras que, durante el proceso, es necesaria la verificación de la existencia de los otros presupuestos procesales, no sucede lo mismo con el interés para obrar: su análisis es relevante en la fase postulatoria del proceso, en la etapa de saneamiento procesal o, como mucho, excepcionalmente en la sentencia. Más allá de estos momentos procesales, el análisis del interés para obrar pierde toda utilidad y su inexistencia no produce invalidez ni mucho menos la afectación a derecho constitucional alguno, ni a la relación jurídica procesal, por cuya razón no existe una excepción de falta de interés para obrar. (Avendaño Valdez)

Nótese que el interés para obrar, resulta ser un elemento necesario para la relación jurídica procesal, en ese sentido, se debe de analizar la certeza jurídica de la obligación hacia el acreedor, como un elemento exclusivamente dependiente de la esfera interna del tercero perjudicado. En el mismo sentido, el profesor Cassarino, citado por Massimo Bianca, considera que,

el interés creditorio sea elemento constitutivo de la obligación debe, sin embargo, ser reafirmado en cuanto ello responde a un principio que debe ser entendido como fundamental del ordenamiento jurídico, o sea el principio que los derechos son posiciones atribuidas al sujeto para la tutela de su interés. (Massimo)

En este caso, se debe de enfatizar que, a nivel jurídico, en el órgano jurisdiccional nacional, se ha recogido un sistema matriz en cuanto la

liquidación de empresas, o la salida formal de mercado, esto es la Ley Concursal, en la que se contempla la existencia de una Junta de Acreedores y que se admite su participación en el saneamiento de la situación empresarial. En otras palabras, la Junta actúa como un órgano de decisión en la reestructuración de la concursada. De allí que la vinculación entre la persona jurídica deudora y el acreedor, cobra especial preponderancia en el tratamiento que le acuerda el régimen legal, a punto tal que se contempla la apertura, respecto de dichas relaciones, de instancias investigativas en la esfera judicial.

Por otro lado, el artículo 12 de la Ley General del Sistema Concursal, regula los supuestos de vinculación entre el deudor y sus acreedores, considerando las relaciones de parentesco, propiedad, control o gestión, del deudor sobre el acreedor o viceversa, como relevantes para determinar la existencia de vinculación en materia concursal.

En el mismo sentido, el artículo VII de la ley en referencia, precisa que, [l]os procedimientos concursales se inician a instancia de parte interesada ante la autoridad concursal. El impulso de los procedimientos concursales es de parte. La intervención de la autoridad concursal es subsidiaria.

Por tanto, siguiendo los lineamientos del proceso concursal (ya regulado) se puede determinar los elementos específicos respecto el interés para obrar del acreedor. No obstante, es menester señalar que

los acreedores son llamados a integrar la denominada masa pasiva del Concurso y reconocida que fuera su participación, se despliega un abanico de derechos e intereses sucedáneos del principal, que es - inocultablemente- el derecho a percibir el crédito del cual resultan titulares. Ya reconocida la calidad de acreedor, el ordenamiento jurídico habilitará una serie de intervenciones que, en la necesidad de colocarlos en escala, convergen en la facultad de decidir el destino de la concursada a través del convenio o acuerdo concordatario, situación que sintetiza múltiples efectos jurídicos. En términos específicos, la doctrina del abuso de derecho y fraude a la Ley, se rige como parámetro indiscutido para fundar, de manera universal y por contraposición de ideas, la legitimidad para ejercer los derechos crediticios en el proceso concursal.

4.5. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

A continuación, realizamos un análisis cuantitativo que identifica los efectos sobre las personas o los grupos de personas en las que impactará la norma propuesta, es decir, los involucrados en la propuesta legislativa y los efectos que tendrían sobre estos, de aprobarse el proyecto:

Involucrados	Efectos directos	Efectos indirectos
Acreeedores	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Mejoramiento en la capacidad de respuesta del órgano jurisdiccional en su favor ✓ Optimización del principio de uniformidad jurisdiccional ✓ Optimización del principio de seguridad jurídica ✓ Optimización del principio de predictibilidad del derecho. ✓ Disminución de casos que devienen en injustos al no establecerse un mecanismo legal para no pagar créditos sociales 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Crecimiento de la confianza en el sistema de justicia ✓ Percepción mejorada de la casuística en la resolución de casos por parte del sistema de administración de justicia
Estado	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Favorece la recaudación pública ✓ Facilita la persecución de los impuestos impagos por ocultamiento del patrimonio social 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Recaudación eficaz de impuestos ✓ Favorecimiento a la inversión pública ✓ Capacidad de inversión y gasto público
Sociedades mercantiles	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Manejo transparente del organismo gubernamental de la sociedad mercantil ✓ Conocimiento de efectos que genera el mal manejo del patrimonio empresarial. ✓ Mejoramiento de la seguridad jurídica al contar con reglas claras respecto al abuso del derecho o fraude a la ley 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Confianza mejorada ante eventos contractuales ✓ Mayor confianza en las sociedades mercantiles
Poder judicial	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Disminución del temor emitir pronunciamientos contradictorios ✓ Mejoramiento institucional al involucrarse directamente con una problemática propia de los justiciables ✓ Criterios preestablecidos 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Mejoramiento de la imagen institucional ✓ Emisión de resoluciones uniformes ✓ Celeridad resolutoria ✓ No analiza vacíos normativos
Sociedad en general	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Disminución del temor a contar con las sociedades. ✓ Motivación a la inversión ✓ Mejoramiento de la seguridad jurídica al contar con reglas claras respecto a las infracciones 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Mejoramiento de la imagen institucional de la administración de justicia ante la sociedad ✓ Mayor confianza en las sociedades mercantiles y en los órganos de justicia

Fácilmente se observa los efectos positivos que generaría la aprobación del presente proyecto, logrando importantes beneficios a los involucrados de la problemática descrita. Además, la propuesta legislativa no irroga gasto público al Estado.

4.6. IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite llenar vacíos normativos, cuando los socios de una persona jurídica, con abuso del derecho o fraude a la ley desvían el patrimonio social con la finalidad de no cumplir sus obligaciones contractuales con los acreedores, lo que guarda relación con principios generales del derecho, como lograr la paz social en justicia: con coherencia a los derechos recogidos en la Constitución Política peruana.

Además, con la aprobación de la presente Ley, se generará un mejoramiento sustancial en los pronunciamientos del Poder Judicial, logrando uniformidad jurisdiccional, lo que significará predictibilidad del derecho y la seguridad jurídica.

Finalmente, la presente iniciativa representa un significativo aporte a la concreción de la reforma de justicia, tarea postergada a lo largo de las últimas décadas. En tal sentido, involucra una nueva noción de cultura jurídica basada en el respeto a las normas, su producción y expectativa, así como de la propia idea de lo justo.

CONCLUSIONES

La persona jurídica nace de la voluntad del ser humano (persona natural), por una permisión legal; por tanto, las consecuencias negativas o positivas, derivan -en sí- de la voluntad de la persona natural, pues es quien tiene las riendas de la sociedad; en consecuencia, deberá de responsabilizarse, además, de los efectos pasivos, cuando las personas naturales asociadas (bajo el toldo de persona jurídica) generan créditos sociales por abuso del derecho o fraude a la ley.

El blindaje al hermetismo societario y la no regulación de la despersonalización (entendida como la persecutoriedad de los créditos societarios), sin duda, afecta a terceros como los acreedores; ante dicha situación, la doctrina ha tratado, y la jurisprudencia nacional ha aplicado, los efectos de la corriente o teoría del velo societario. Sin embargo, no podemos negar que el juzgador está sometido –únicamente- a la Constitución y a la Ley, por ende, aplicar la despersonalización queda a potestad del juez, amparándose en la libre discrecionalidad. Por tanto, la despersonalización en el ordenamiento jurídico tiene como finalidad derrotar una de las tantas ficciones que crea el mundo del derecho; como la separación de patrimonios de la que gozan las personas jurídicas, bajo principios de responsabilidad limitada y el hermetismo societario.

La despersonalización, debe de aplicarse de forma excepcional y de ultima ratio: lo que tampoco significa que se pierda la responsabilidad limitada o deje de existir la protección al patrimonio personal, sino que, en situaciones que se

acredite abuso del derecho o fraude a ley, deba de romperse el hermetismo societario. Asimismo, los efectos de la aplicación de la despersonalización, no se debe de desestimar la personalidad de la persona jurídica, sino la responsabilidad; además no debe de oponerse el nivel cualitativo distintivo entre los sujetos de personería jurídica y sus accionistas.

Los fundamentos que justifican la inclusión de la figura de a despersonalización, se basa en que, un adecuado ordenamiento jurídico, deberá de tipificar situaciones relevantes para que los aplicadores del derecho uniformicen criterios jurisdiccionales comerciales-societarios a nivel nacional. Asimismo, la tipificación de la despersonalización brindará seguridad jurídica y garantías en el entorno comercial, permitiendo un efecto positivo en el adecuado funcionamiento de la economía societaria frente a los terceros contratantes.

Finalmente, la tipificación de la despersonalización, generan predictibilidad del derecho, en las acciones societarias y la actuación de los aplicadores de la Ley; equilibrando desigualdades entre sujetos de derecho. Por ello, con la tipificación de la despersonalización se protegería al sistema jurídico, que no se muestre como uno permisible de aquellas actuaciones destinadas a eludir el cumplimiento de obligaciones, mediante el empleo de una persona jurídica, sino como un órgano jurídico confiable, seguro estable y predecible.

RECOMENDACIONES

Cuando los miembros de una sociedad comercial, actúan de manera fraudulenta a la ley o con abuso del derecho para evitar el cumplimiento de las responsabilidades frente a sus acreedores, el ordenamiento jurídico debe de tipificar la figura de la despersonalización, con la idea de derrotar una de las tantas ficciones que crea el mundo del derecho.

De acuerdo al art. 107 de la Constitución Política del Perú, señala que tienen iniciativa legislativa, entre otros, lo colegios profesionales y los ciudadanos, en ese sentido, el inciso 2 de artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, establece que, cuando la iniciativa legislativa es presentada por los ciudadanos, deben ir acompañadas por las firmas de por lo menos 0.3 % de la población electoral y una resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales.

Por ende, es necesario recomendar que la iniciativa legislativa referida en este trabajo, sea presentada por Ilustre Colegio de Abogado de Cajamarca ante el Congreso de la República, para incorporar el artículo 122-A, y artículo 122-B al título III denominado extinción, de la sección cuarta denominada disolución, liquidación y extinción de sociedades, del libro cuarto denominado normas complementarias, de la Ley General de Sociedades; la misma que busca atender un vacío normativo que afecta al acreedor cuando la personería jurídica desvía u oculta patrimonio social con finalidad de evitar el cumplimiento

de obligaciones, con abuso el derecho o fraude a Ley, afectando la uniformidad jurisprudencial, la seguridad jurídica y la predictibilidad del derecho.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aranzamendi Ninacondor, L. (2010). *Investigación Jurídica*. Lima: Grijley.
- Arrubla Paucar, J. A. (2010). Levantamiento del velo corporativo en Colombia. En F. d. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, *Levantamiento del velo societario. Panorama y perspectivas. El caso colombiano* (págs. 59-80). Bogotá: Universidad del Rosario. Obtenido de https://books.google.com.pe/books?id=IYG1q_NbBGUCypg=PA99ylpg=PA99ydq=la+despersonalizaci%C3%B3n+en+creditos+societario+%22despersonalizaci%C3%B3n%22+-medicinaysource=blyots=NkDfR36HKXysig=4ESFjR3LWBbt_DMxaW7lli8LnjAyhI=esysa=Xyved=0ahUKEwiB9IzBtKvbAhWJvV
- Atienza, M., y Ruiz Manero, J. (2006). *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trotta.
- Barroso Tanoira, F. G. (2008). La responsabilidad social empresarial. Un estudio en cuarenta empresas de la ciudad de Mérida, Yucatán. *Contaduría y administración*, 73 - 91.
- Casación Civil, Casación n.º 1064-2016, Lima (La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 15 de noviembre de 2016).
- Centro Internacional de Formación de la OIT. (2009). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. (X. Beaudonnet, Ed.) Turin: OIT.
- Chang Hernández, G. A. (s.f.). La interpretación del contrato en el derecho peruano. *Derecho y Cambio Social*. Recuperado el 30 de abril de 2021, de <https://www.derechoycambiosocial.com/revista013/interpretacion%20del%20contrato.htm>
- Chaves, A. (3 de marzo de 2015). <https://prezi.com/>. Recuperado el 30 de noviembre de 2020, de https://prezi.com/moa_a4gv4lpw/etica-comercial/#:~:text=Todas%20las%20empresas%20tienen%20una,y%20la%20comunidad%20en%20general.
- Chero Medina, F. (06 de mayo de 2018). *monografias.com*. Obtenido de monografias.com: <http://www.monografias.com/trabajos96/importancia-principios-del-derecho-del-trabajo-y-su-desarrollo-jurisprudencial/importancia-principios-del-derecho-del-trabajo-y-su-desarrollo-jurisprudencial.shtml>

- Coca Guzmán, S. J. (2020). ¿Qué es el «abuso del derecho»? (artículo II del Título Preliminar del Código Civil). *LP - Pasión por el Derecho*.
- Córdova, E. (1997). Naturaleza y elementos del contrato de trabajo. En N. De Buen Lozano, y E. Morgado Valenzuela, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (Primera ed., Vol. 188, págs. 297-314). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Dávalos Torres, M. S. (2010). *Manual de introducción al derecho mercantil* (Primera ed.). México: Nostra Ediciones.
- De la Madrid Andrade, M. (2016). *Los contratos civiles*. Ciudad de México: Oxford.
- Enciclopedia jurídica. (17 de noviembre de 2020). *Enciclopedia jurídica*. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/inicio-encyclopedia-diccionario-juridico.html>
- Fajardo Mori, M. (s.f.). El Conflicto entre los Derechos Fundamentales del trabajador y los Poderes Empresariales en la transmisión de empresa. *Asociación Civil - Derecho y Sociedad N.º 40*, 169-179.
- Fernández Sessarego, C. ([2002]). *¿Qué es ser "persona" para el derecho?* Lima: Diké (Portal de Información y Opinión Legal - PUCP). Recuperado el 20 de agosto de 2017, de http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF
- Fernández Silva, C. H. (2018). *Tesis: Delimitación de fundamentos dogmáticos que justifican la inclusión de la figura de la despersonalización en el ordenamiento jurídico peruano para los casos en que existan créditos laborales*. Cajamarca.
- García Fernández, D. (2014). Persona Jurídica y Bioética. *Revista Eletrônica Direito e Política*, 314 - 331. Obtenido de <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5757/3134>
- Guerra Cerrón, J. (2007). *Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes y responsabilidades de la sociedad anónima*. Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- Hernández, C. (17 de enero de 2020). *ius360.com*. Obtenido de [ius360.com](https://ius360.com/el-levantamiento-del-velo-societario-en-el-peru-situaciones-de-aplicacion/): <https://ius360.com/el-levantamiento-del-velo-societario-en-el-peru-situaciones-de-aplicacion/>
- Martínez Cohen, R. (2007). El error, la simulación, el fraude a la ley y el abuso de un derecho en el derecho tributario chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, 351 - 378.

- Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J. M., Sempere Navarro, A. V., Garcia Abellan, J., Durendez Saez, I., y Ríos Salmeron, B. (1983). *La obra científica de Manuel Alonso Olea*. Murcia: San Francisco S.A.
- Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT. (2017). *Informe Mundial sobre Salarios 2016/2017: La desigualdad salarial en el lugar de trabajo* (Primera ed.). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Ortiz Donoso, J. A. (2011). *Tratamiento del Abuso del Derecho en la Jurisprudencia de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador*. Quito.
- Pacheco Zerga, L. (2011). Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en Perú y en el derecho comparado. *Trabajo y Seguridad Social (Revista de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación)*, 651-664.
- Pasco Cosmópolis, M. (diciembre de 1994). Principio protector del proceso laboral. *Derecho - Pontificia Universidad Católica del Perú*, 48, 149-169.
- Paz-Ares, C., y Alfaro Águila-Real, J. (2003). *Un ensayo sobre la libertad de empresa* (Vol. IV). Madrid: Thomson-Civitas.
- Pérez Royo, J. (2000). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo* (Tercera ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Podetti, H. A. (1997). Los principios del derecho del trabajo. En N. De Buen Lozano, y E. Morgado Valenzuela, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (Primera ed., Vol. 188, págs. 139-153). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Quisbert, E. (2010). Concepto de derecho en persona. *Centro de Estudios de Derecho (CED)*. Obtenido de <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/persona.pdf>
- Reyes Puma, M. E. (2012). *Crédito laboral: su falta de signo de reconocibilidad como causante de inseguridad jurídica*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Ricardo Arturo, M. F. (2009). *Los derechos laborales de rango constitucional*. (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Rodríguez Chávez, R. Y. (2015). *El interés social y el interés grupal en los grupos de empresas por subordinación: tutela del interés social de las sociedades dominadas*. Lima: Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Rodríguez, C. A. (2009). *Los convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo*. Turín-CIF: Buenos Aires, Oficina de la OIT en Argentina, Centro Internacional de Formación de la OIT.
- Romero Montes, F. J. (s.f.). *La crisis de los principios del derecho del trabajo*. Artículo, Universidad de San Martín de Porres. Recuperado el 16 de abril de 2018, de http://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/La_crisis_de_los_principios_del_derecho_del_trabajo.pdf
- Santos, I. (3 de marzo de 2020). *mymabogados.com*. Obtenido de *mymabogados.com*: <https://mymabogados.com/el-fraude-de-ley>
- Soberanes Fernández, J. L. (2019). *Obra jurídica de un Constituyente: Fernando Lizardi, tomo I*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5852-obra-juridica-de-un-constituyente-fernando-lizardi-tomo-i>
- Sols Lucía, A. (1989). *El Fraude a la Ley*. Barcelona: Bosch.
- Toledo Toribio, O., y Arauco Vivas, T. T. (febrero de 2017). El levantamiento del velo societario en el proceso laboral peruano. *Soluciones Laborales n.º 110*, 47-54.
- Toyama Miyagusuku, J. (2013). *La Constitución Comentada* (Vol. Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Treviño García, R. (2002). *La persona y sus atributos*. México: Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Los principios del derecho del trabajo en la jurisprudencia del tribunal constitucional. En Tribunal Constitucional del Perú, *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral* (págs. 337-342). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Zambrano Torres, A. (12 de 05 de 2018). *Az Todo de Derecho*. Obtenido de *Az Todo de Derecho*: <https://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/>