

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**

**UNIDAD DE POST GRADO**

**Levantamiento del velo societario y los derechos, deberes  
y responsabilidades de la sociedad anónima**

**TESIS**

para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política

**AUTORA**

Jesús María Elena Guerra Cerrón

**Lima -Perú**

**2007**

A Rosamaría, mi hija y la razón de mi vida, aún cuando a veces haya parecido que lo es el Derecho y mi profesión.  
Rosi, gracias por tu comprensión.

“Se acude al Juez a pedir ‘Justicia’ y no ‘Derecho’, ello no es antagónico, porque la Justicia es un valor jurídico supremo y por lo tanto un valor de la seguridad jurídica. Lo que sucede es que por un exacerbado apego a la literalidad de la norma, nos sometemos a ella y, a veces, nos imponemos límites a dar respuestas con significado social, económico y en equidad. Entonces cuando, escudándose en una prerrogativa jurídica, como la autonomía patrimonial de sociedad anónima, hay un uso abusivo de derecho, una conducta antifuncional, un fraude, una trasgresión a la buena fe, que no encuentran solución en la norma objetiva, ¿no es acaso una opción buscar un equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia, y si es necesario anteponer la segunda para asegurar la funcionalidad del ordenamiento jurídico?

El magistrado es el llamado a buscar tal equilibrio porque entre sus deberes está el de decidir el Derecho que corresponde y si para ello es necesario recurrir a teorías o doctrinas, como la del velo societario, debe hacerlo, no requiere norma que lo faculte porque no hay norma que se lo impida, ya que como lo ha señalado el Tribunal Constitucional (Expediente N° 2494-2005-AA de fecha 21/11/06) el “derecho no es un dado marcado que puede ser utilizado ante la mirada atónita de los espectadores, que ven que el jugador más pícaro puede hacer de las suyas en la mesa sin que nadie pueda ponerlo al descubierto”.

La autora

“En definitiva, el intérprete debe buscar en la ley para tratar de encontrar la solución que más satisfaga las exigencias de una sana política jurídica; y por sobre todas las cosas, en esta materia, debe buscar que se respete la ley, que no se afiance la anarquía jurisdiccional, que no se concedan a los jueces facultades-poderes omnímodos atentatorios contra el principio continental europeo de autoridad y respeto a la ley, que se consolide la seguridad jurídica tan necesaria al hombre y a la sociedad y que a la postre el es el presupuesto básico sin el cual no puede concretarse el valor jurídico supremo: la justicia.

Epifanio Condorelli

“Debemos recalcar que en aras de la seguridad jurídica, la institución examinada debe considerarse como una excepción aplicable únicamente cuando los efectos del mantenimiento de la personalidad resulten intolerables para el Derecho. Ello, en parte, explica que la desestimación de la personalidad no suela basarse en normas legales, sino que derive de las exigencias del caso concreto, analizando a la luz de supuestos más o menos delimitados en los que según la experiencia práctica y el sentir jurídico común, justifican *a priori* el efecto extraordinario del levantamiento del velo”.

Oswaldo Hundskopf Exebio

## INDICE GENERAL

<i>Introducción</i> .....	xiv
<i>Sobre la metodología</i> .....	xix

Capítulo Primero  
ASPECTOS FILOSÓFICOS DE LA PERSONA JURÍDICA

1. SER HUMANO .....	2
2. CONCEPTO DE “PERSONA” .....	3
3. PERSONA JURÍDICA.....	7
4. PERSONALIDAD.....	9
4.1. Doctrina del alma colectiva.....	10
4.2. Doctrina del organismo espiritual.....	10
4.3. Doctrinas de la realidad.....	10
a) Doctrina organicista o Teoría del órgano.....	10
b) Doctrina de la institución.....	11
c) Teoría sociológica.....	11
5. PERSONALIDAD JURÍDICA.....	12
5.1. Teoría de la ficción.....	12
5.2. Teorías que afirman la personalidad del ente social como realidad .....	13
a) Teorías organicistas .....	13
b) Teorías idealistas.....	14
c) Teorías voluntaristas.....	14
5.3. Teorías finalistas .....	14
a) Teoría del interés.....	14
b) Teorías combinadas.....	15
5.4. Teorías patrimonialistas desde diferentes enfoques.....	15
a) Teoría del patrimonio de afectación.....	15
b) Teoría del patrimonio colectivo .....	15
c) Persona como empresa.....	16
5.5. Teorías que afirman la persona jurídica como producto del derecho objetivo/ciencia jurídica. ....	17
a) La nueva teoría de la ficción.....	17
b) Teoría de la creación jurídica.....	17
c) Persona jurídica como relación.....	18

5.6.	Teoría tridimensional.....	18
6.	TEORÍAS QUE NIEGAN LA PERSONA JURÍDICA.....	19
6.1.	Persona como situación jurídica objetiva.....	19
6.2.	Personalidad jurídica como resultado de un contrato de sociedad.....	19
6.3.	La personalidad es la capacidad de conocimiento, de voluntad y de acción.....	19
6.4.	Personalidad jurídica como construcción artificial de la ley	20
7.	SOCIEDAD ANÓNIMA.....	20

### Capítulo Segundo MARCO TEORICO JURIDICO

1.	CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA.....	23
2.	EXISTENCIA Y PERSONALIDAD JURÍDICA.....	27
3.	ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD.....	31
3.1.	Nombre.....	32
3.2.	Domicilio.....	33
3.3.	Capacidad.....	34
3.4.	Nacionalidad.....	35
3.5.	Patrimonio.....	36
4.	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PERSONA JURÍDICA	37
4.1.	Elemento personal.....	37
4.2.	Patrimonio .....	38
4.3.	Fin.....	39
4.4.	Estatuto .....	40
5.	EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.....	41
6.	DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA JURÍDICA	42
6.1.	Derecho.....	42
6.2.	Derechos humanos y Derechos fundamentales.....	43
6.3.	Derechos fundamentales de la persona jurídica.....	45

### Capítulo Tercero LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1.	<i>IUS MERCATORUM</i> .....	53
2.	ORIGEN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA.....	56
3.	ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA ..	57
4.	PERSONA JURÍDICA TÍPICA.....	60
5.	EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	62
6.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	64

6.1.	Teoría clásica contractual.....	65
6.2.	Teorías del acto social constitutivo y del acto complejo...	65
6.3.	Teoría institucionalista.....	66
6.4.	Teoría del contrato plurilateral.....	66
6.5.	Nuestra Ley General de Sociedades.....	67
7.	ASPECTOS GENERALES DE LA SOCIEDAD .....	69
7.1.	Constitución de la sociedad .....	70
7.2.	Reconocimiento .....	71
7.3.	Fin de la sociedad.....	73
7.4.	Dogma de impenetrabilidad y patrimonio autónomo.....	75
7.5.	Elementos de la sociedad anónima. ....	76
	a) Capital social.....	76
	a.1) Acciones.....	80
	a.2) Accionistas.....	83
	b) Objeto social.....	85

Capítulo Cuarto  
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y DAÑO  
EXTRAPATRIMONIAL

1.	DERECHOS FUNDAMENTALES.....	88
1.1.	Derecho a la igualdad.....	91
1.2.	Derecho al honor.....	92
1.3.	Derecho a la buena reputación.....	95
1.4.	Derecho a la intimidad.....	96
1.5.	Derecho al secreto bancario, reserva tributaria y reserva bursátil.....	99
2.	DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A LA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	101
2.1.	Daño moral .....	103

Capítulo Quinto  
SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1.	JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS.....	117
2.	DIRECTORIO.....	119
3.	GERENCIA.....	122
4.	REPRESENTACIÓN SOCIETARIA.....	123
4.1.	Representación procesal.....	124

5.	SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.....	126
5.1.	Ámbitos de responsabilidad.....	128
5.2.	Responsabilidad de los fundadores.....	129
5.3.	Responsabilidad de los administradores.....	129
5.4.	Responsabilidad de los Directores.....	130
5.5.	Exención de la responsabilidad.....	133
5.6.	Responsabilidad de los gerentes.....	134
5.7.	Responsabilidad del liquidador.....	134
6.	ACTOS ULTRA VIRES.....	135
6.1.	Origen y concepto.....	136
6.2.	El fundamento de los terceros al contratar con la sociedad..	137
6.3.	Solución interna de actos ultra vires.....	138
6.4.	Actos celebrados por quien no tiene representación.....	138
7.	RESPONSABILIDAD CIVIL.....	138
7.1.	Responsabilidad contractual.....	141
7.2.	Responsabilidad extracontractual .....	142
7.3.	Elementos comunes de responsabilidad civil .....	143
	a) Daño causado.....	143
	a.1) Daño emergente.....	144
	a.2) Lucro cesante.....	144
	a.3) Daño moral.....	144
	b) Antijuricidad.....	144
	c) Relación de causalidad.....	145
	c.1) Fractura causal.....	146
	c.2) Concausa.....	146
	d) Factores de atribución.....	146
	d.1) Culpa.....	147
	d.2) Dolo.....	148
7.4.	Causa no imputable.....	148
	a) Caso fortuito.....	149
	b) Fuerza mayor.....	149
	c) Previsión.....	149

## RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

1.	DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	150
2.	SANCIONES CONTRAVENCIONALES.....	157
3.	INDECOPI.....	160
4.	COMPETENCIA DESLEAL.....	161
5.	PROCEDIMIENTOS CONCURSALES.....	162
6.	SANCIONES EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO.....	163

### Capítulo Sétimo

#### LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL ÁMBITO PENAL

1.	DERECHO PENAL Y RESPONSABILIDAD.....	167
2.	RESPONSABILIDAD PENAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	168
2.1.	Principio del <i>societas delinquere non potest</i> .....	169
	a) Respetto de la acción.....	170
	b) Respetto de la culpabilidad .....	171
	c) Respetto de la pena.....	173
2.2.	Nuevo enfoque: revisión del principio del <i>societas delinquere non potest</i> .....	175
2.3.	La sociedad anónima como sujeto imputable.....	177
	a) El acto del órgano de la empresa como infracción propia de la organización.....	178
	b) La organización deficiente de la empresa.....	179
	c) El principio de causalidad.....	179
2.4.	Responsabilidad penal de la Sociedad Anónima en el Derecho comparado.....	180
3.	ALTERNATIVA DE SANCIÓN POR LO ACTOS COMETIDOS POR LA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	182
3.1.	El actuar por otro.....	183
3.2.	Responsabilidad del administrador societario .....	184
3.3.	Consecuencias accesorias.....	186

### Capítulo Octavo

#### DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1.	ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA.....	195
1.1.	Bien jurídico.....	195
1.2.	El principio de lesividad.....	195
1.3.	Tipo objetivo.....	197
	a) Sujeto activo.....	197

b)	Sujeto pasivo.....	198
c)	Acción típica: modalidades.....	198
1.4.	Tipo subjetivo.....	206
1.5.	Grados de desarrollo del delito.....	207
1.6.	Autoría y participación.....	207
2.	DELITO DE CONTABILIDAD PARALELA.....	208
2.1.	Bien jurídico.....	208
2.2.	Tipo objetivo.....	209
a)	Sujeto activo.....	209
b)	Sujeto pasivo.....	209
c)	Acción típica.....	209
2.3.	Tipo subjetivo.....	210
2.4.	Grados de desarrollo del delito.....	211
2.5.	Autoría y participación.....	211

### Capítulo Noveno

## ÉTICA, PRÁCTICAS DE BUEN GOBIERNO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL

1.	OTRO ENFOQUE DE RESPONSABILIDAD.....	212
2.	PRÁCTICAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.....	214
a)	Conjunto de normas y procedimientos para toma de decisiones.....	215
b)	Delimita acciones empresariales.....	216
c)	Conducción, administración y control.....	216
d)	Valor real de la sociedad .....	216
e)	Uniformidad en la información y veracidad .....	216
f)	Solidez y eficacia.....	217
g)	Búsqueda de estándares internacionales.....	217
h)	Distribución de derechos y responsabilidades de órganos de gestión.....	217
i)	Provee estructura para objetivos empresariales.....	218
3.	FORMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO.....	218
a)	Autorregulación.....	218
b)	Regulación Impuesta.....	218
c)	Mixta.....	218
4.	ELEMENTOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO.....	219
a)	Accionistas.....	219
b)	Directorio.....	219
c)	Gerencia.....	219

	d)	Grupos de interés.....	220
5.		BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL PERÚ.....	220
6.		LOS PRINCIPIOS EN LAS SOCIEDADES PERUANAS.....	222
	a)	Protección a los derechos básicos de los accionistas.....	223
	b)	Tratamiento Equitativo de los Accionistas.....	223
	c)	Función de los Grupos de Interés en el Gobierno de las Sociedades.....	223
	d)	Comunicación y Transparencia Informativa.....	223
	e)	Responsabilidades del Directorio.....	224
	f)	Deberes y responsabilidades del Gerente General.....	224
7.		LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (RSE).....	224
8.		RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN EL PERÚ.....	229

#### Capítulo Décimo

#### LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO 234

1.		CONCEPTO.....	234
2.		OBJETO.....	235
3.		ANTECEDENTE HISTÓRICO.....	236
4.		APLICACIÓN DE LA DOCTRINA.....	239
	4.1.	En el derecho anglosajón.....	239
	4.2.	Posición de Serick.....	240
	a)	Fraude a la ley por medio de persona jurídica.....	240
	b)	Fraude o violación de contrato y lesión contractual.....	241
	c)	Daño fraudulento causado a terceros.....	241
	4.3.	Supuestos de aplicación.....	241
	a)	Abuso del derecho.....	242
	b)	Fraude a la ley.....	244
	c)	Distinción entre abuso de derecho y fraude a la ley.....	246
5.		PRINCIPIOS Y VALORES EN LA DOCTRINA.....	247
	5.1.	Principio de seguridad y estabilidad jurídica.....	248
	5.2.	Justicia y equidad.....	250
	5.3.	Principio de buena fe.....	251
	5.4.	La doctrina de los actos propios.....	253
6.		LA DOCTRINA EN EL DERECHO COMPARADO.....	254
	6.1.	Supuestos generales de aplicación de la doctrina.....	256
	a)	Identidad de personas o entes.....	257
	b)	Insuficiencia de capital.....	257

c)	Control o dirección efectiva exterior.....	257
d)	Abuso de la persona jurídica por fraude a la ley o en cumplimiento de obligaciones.....	258

#### Capítulo Undécimo

### IMPLICANCIAS DE LA DOCTRINA DEL VELO SOCIETARIO EN EL PERÚ

1.	FUNCIONALIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	261
2.	EL DERECHO Y SUS FUENTES.....	264
2.1.	La doctrina como fuente de Derecho.....	268
3.	PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA REALIDAD .....	270
4.	PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.....	270
5.	NECESIDAD DE LA DOCTRINA.....	272
5.1.	En el ámbito societario.....	273
5.2.	En ámbito tributario.....	276
5.3.	En ámbito concursal .....	276
5.4.	En el ámbito civil.....	277
5.5.	En materia laboral .....	279
5.6.	En el arbitraje.....	283
6.	ACERCAMIENTO NORMATIVO.....	285

#### POSICIÓN Y PROPUESTA

Posición y propuesta.....	288
---------------------------	-----

#### ANEXOS

Anexos.....	292
-------------	-----

#### BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía.....	386
-------------------	-----

## INTRODUCCIÓN

La primera vez que escuché hablar del “levantamiento del velo societario”, en el año 1999, me causó mucha gracia por lo singular del nombre, pero cuando me fue explicado el significado del mismo, sentí una gran curiosidad en conocer este tema por cuanto a través de él, como doctrina, se explicaba que era posible desconocer la autonomía patrimonial de la sociedad anónima, y que ante la existencia de una deuda social, por ejemplo, podía exigirse a los accionistas cuya responsabilidad es limitada, que asuman la deuda con su patrimonio particular. En ese entonces, bastaba recordar lo dispuesto en el artículo 78º del Código Civil (que establece que la “persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”) para considerar como descabellada tal doctrina y posibilidad.

La extrañeza y discrepancia preliminar con “el levantamiento del velo societario” quedaron como un asunto académico, sin haber hecho un mayor análisis del mismo. Cuando ejercía la judicatura en el año 2000, se presentó un pedido de medida cautelar en un proceso de obligación de dar suma de dinero, en donde la persona jurídica obligada había hecho una transferencia de sus bienes a otra persona jurídica, aparentemente con el objeto de incumplir sus obligaciones. El ejecutante presentó las fichas registrales donde se acreditaba que, en ambas personas jurídicas, los accionistas eran los mismos y señalaba que la transferencia de bienes no era más que una estrategia para evadir su responsabilidad, por ello requirió que se exigiera a los accionistas o a la otra persona jurídica que pagara la deuda social de la ejecutada. En ese momento recordé la doctrina del levantamiento del velo societario y pensé que sería un supuesto para aplicarla, mas, atendiendo a la tradicional concepción del principio de legalidad, prevaleció la aplicación del glosado artículo 78º y se rechazó el pedido.

Luego, cuando inicié los estudios de Doctorado en Derecho, entre los años 2003 y 2004, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el proyecto que se presentó para postular al programa de post grado fue precisamente sobre la doctrina del levantamiento del velo societario, con el

ánimo de destinar el tiempo de estudios al análisis de la doctrina y la viabilidad de su aplicación.

Coincidentemente durante los estudios de Doctorado, impartió las clases de Derecho Comercial el Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio, quien también fue mi profesor de Derecho societario en la maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima en el año 1999 y quien explicó, en ese entonces, acerca del “levantamiento del velo societario”. Ya en el Doctorado, nuevamente tuvimos la oportunidad de tratar sobre la doctrina.

En el año 2004 este tema, si bien aún no era muy conocido en el Perú, había sido desarrollado por algunos abogados y profesores peruanos, e incluso a la fecha encontramos artículos importantes en revistas jurídicas acerca del levantamiento del velo societario y libros sobre el uso fraudulento de la persona jurídica. Por lo tanto, no puedo decir que el presente trabajo sea original en su totalidad, pero sí me permito afirmar que lo es en cuanto a la forma de abordarlo, su desarrollo y posición final asumida.

El trabajo se ha desarrollado en once capítulos, debiendo desde ya precisarse que si bien hay una alusión general a las personas jurídicas, el tema central es la sociedad anónima ordinaria o clásica como se le denomina (ya que no han sido consideradas en el estudio las particularidades de sus dos modalidades: sociedad anónima cerrada y sociedad anónima abierta), la que además es reconocida como una conquista económica, jurídica y social, habiendo una notoria y gran diferencia con las “otras formas societarias” que también están reguladas en la Ley General de Sociedades, pero que sin embargo no cumplen un papel importante en la economía del país.

En el análisis del ente social como sujeto de derecho y en el contexto de sus derechos, deberes, responsabilidades, la forma como es regulado en nuestro sistema jurídico, el privilegio que le concede el Derecho a los integrantes de la sociedad anónima y cómo corregir ciertas conductas antisociales que se presenten en el ámbito societario, me he formulado algunas interrogantes, entre las que destaco: ¿qué es el Derecho y si éste es sólo norma o si necesariamente debe buscarse el valor justicia y equidad? Solo así podemos hablar efectivamente de seguridad jurídica.

Presumo que, al leerse esta introducción, tal vez se podrán preguntar: ¿por qué es de relevancia introducir el aspecto ético, la equidad y los valores?

La respuesta es que son precisamente esos los valores los que subyacen a la doctrina del levantamiento del velo societario y con los cuales puede evitarse un uso irregular de la sociedad y el consiguiente efecto de poner en tela de juicio el concepto y la existencia de la persona jurídica en general.

He optado por iniciar la presentación con aspectos filosóficos de la persona jurídica, lo que no es usual, pero sucede que al referirme a la sociedad anónima, como persona jurídica por excelencia, se ha considerado oportuno revisar las bases del origen del concepto "persona" ya que si "la persona resulta ser el eje del Derecho, es incuestionable que cualquier estudio que tenga relación con el Derecho, deberá contener, latente en sus páginas, un punto de vista particular sobre la persona. Y como expresa Gonella, filósofos y juristas podrán disentir sobre la determinación del concepto de persona pero todos son concordes en reconocer, pese a su dificultad, la importancia capital del tema: "El punto de partida es la 'persona', hasta llegar a sus adjetivos 'natural o física' y 'moral o jurídica' para arribar al sujeto de derecho que es, tanto la persona física como la persona jurídica, las que tienen personalidad jurídica, los mismos derechos, deberes y responsabilidades en sociedad, precisando, anteladamente, que la igualdad de ambas personas señaladas es, en cuanto a la funcionalidad social, de la persona jurídica.

En el segundo capítulo, como correlato de la introducción filosófica, se fijan los conceptos jurídico-positivos generales de persona, personalidad jurídica, atributos y sociedad desde una perspectiva integral, a partir, del Derecho civil, constitucional y comercial. Presentado el tema de manera introductoria, desde dos perspectivas (la filosófica y la jurídica), finalmente se llega a la conclusión principal que a igual razón igual derecho; por lo tanto, la persona jurídica y, en estricto, la sociedad anónima, tienen derechos fundamentales, tienen responsabilidades jurídicas y ético-morales y, en consecuencia, al incumplir con sus deberes y generar responsabilidades puede traspasarse su hermetismo social.

Desde el tercer capítulo, la referencia a la sociedad anónima es casi exclusiva, aunque encontrarán alusiones a la persona jurídica en general. Sobre la sociedad anónima tenemos su origen, evolución histórica, su constitución, su desarrollo hasta el fin de su existencia, con las implicancias que de ello se derivan. En el siguiente capítulo se desarrollan los derechos

fundamentales de la sociedad anónima, como sujeto de derechos y se revisan cuáles son los derechos que le son compatibles y a los que se reconocen garantías en un Estado de Derecho, incluso llegamos a presentar la problemática existente respecto al daño moral y si es que la sociedad anónima puede pretender que se le indemnice por daño moral cuando hay vulneración de sus derechos fundamentales.

En el quinto capítulo, en dirección a la viabilidad de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, se trata el sistema de responsabilidad jurídica de la sociedad anónima pero desarrollando, en primer lugar, lo relativo a la manifestación de voluntad social, y los órganos de gestión, la representación legal de la sociedad anónima y los efectos de la representación en el sistema de responsabilidad, que es una comercial y que se manifiesta como una responsabilidad intramuros o extramuros.

No podemos dejar de referirnos a la responsabilidad administrativa de la sociedad anónima, ya que este es el punto de partida, a raíz del Derecho administrativo sancionador, para superar el límite del ámbito administrativo al penal, en el que muchas veces se encuentra involucrada la sociedad anónima o sus representantes legales. Sobre ambos temas, administrativo y penal se trata en los capítulos sexto y séptimo. Ya en el capítulo octavo se revisan los delitos de los cuales es sujeto pasivo la sociedad anónima a manos de aquellos que debiéndole lealtad la utilizan con fines ilícitos y buscando un beneficio propio. Se trata de los delitos contra la administración del ente social.

Siguiendo con nuestro objetivo y como hoy la tendencia es a imponer, más allá de los deberes jurídicos, deberes morales, éticos y sociales a las sociedades anónimas para que contribuyan al desarrollo del país y por ello dentro del campo la responsabilidad jurídica, se aborda el tema de las Prácticas del Buen Gobierno Corporativo y Responsabilidad social empresarial, que viene a ser una responsabilidad extrajurídica por cuanto las conductas esperadas son impuestas voluntariamente por la propia sociedad, no habiendo sanción jurídica por su incumplimiento, pero que sin embargo cada vez toman fuerza y se convierten en una exigencia por parte de la comunidad. Toda esta exposición no tiene otra intención que ir exponiendo la forma cómo se puede castigar a la sociedad anónima o a sus representantes por inconductas previstas en la Ley o en su Estatuto o Código de Ética interno,

precisando que, sin embargo, dentro de este contexto de responsabilidad jurídica y extrajurídica, considero que no existe el mecanismo idóneo para sancionar aquellas conductas por las que los accionistas de una sociedad anónima, invocando el privilegio de la responsabilidad limitada que le ha concedido el Derecho positivo, hacen un uso abusivo de él, para burlar la propia norma y evadir su responsabilidad. Así, se presenta una reacción que se conoce como “doctrina del levantamiento de velo”, “*disregard of the legal entity*”, o “*veil of piercing*”, entre otros, que se trata de una doctrina sustentada en la equidad, por la cual la Magistratura puede prescindir de la parte externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, llegar a las personas que se esconden bajo su cobertura.

Entonces es válido recurrir a opciones como la doctrina del levantamiento del velo societario para mantener la coherencia del privilegio concedido y el uso del mismo acorde con la funcionalidad de la sociedad anónima, sin que con ello se vulnere la seguridad jurídica. De ellos tratan los capítulos diez y once y finalmente se expone a manera de conclusión general, la posición y propuesta acerca de la doctrina del levantamiento del velo societario.

No puedo terminar esta presentación si es que no dejo constancia de que mucho de este trabajo se lo debo a las enseñanzas de mis profesores del Doctorado de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Jorge Carrión Lugo, Florencio Mixán Mass, Juan Portocarrero Hidalgo, Raimundo Prado Redondez, José Antonio Silva Vallejo, Aníbal Torres Vásquez, Heradio Zamora Vidal, y Aníbal Ísmodes Cairo (†).

Mi reconocimiento especial al Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio, Profesor de Derecho Comercial, y al Dr. Ricardo Beaumont Callirgos, quien ha sido mi asesor de tesis.

## **SOBRE LA METODOLOGIA**

### **I Realidad problemática**

En el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, en el que existe la necesidad de mantener y asegurar la seguridad jurídica, encontramos que surge un conflicto a partir del respeto al principio de la autonomía patrimonial de la sociedad anónima (recogido en el artículo 78º del Código Civil, también conocida como hermetismo societario o principio de impenetrabilidad de la sociedad anónima), el privilegio de la responsabilidad limitada a los miembros de la sociedad anónima reconocido en el artículo 51º de la Ley General de Sociedades y el uso irregular de la forma social “ persona jurídica”, que requiere ser analizado, prevenido, corregido y sancionado.

Es en la última década que se ha venido acentuando un mal uso del privilegio de la impenetrabilidad y de la responsabilidad limitada de los socios/accionistas, quienes escudándose en la forma de la sociedad anónima; sujeto de Derecho con deberes, obligaciones y derechos; incurren en abuso de derecho o fraude a la ley para obtener un beneficio particular que regularmente no lo obtendrían si actuaran conforme a Derecho. Esta situación, en un mercado donde los operadores económicos deben actuar bajo principios de credibilidad, buena fe y ética empresarial, trastoca patrones de conducta que no pueden ser corregidos directamente por la estricta sujeción al artículo 78º del Código Civil, que establece 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”, y además porque si bien existen instituciones jurídicas que de alguna manera buscan poner fin a situaciones como las descritas, no dan una respuesta para sancionar a los responsables directos, que en el supuesto del uso irregular de la forma son los accionistas.

Sin vulnerar la seguridad jurídica es necesario buscar alternativas para corregir conductas antisociales y evitar que los privilegios que la ley ha concedido para fomentar el desarrollo de la economía, más aún en una economía social de mercado, donde hay un respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en un marco de libertad de empresa. No habrá vulneración de la seguridad jurídica cuando se sancione a aquellos sujetos que,

abusando de sus privilegios, ponen en tela de juicio la existencia y subsistencia de la sociedad, por el mal uso que le dan a la misma. La doctrina del levantamiento del velo societario es un recurso para fortalecer la seguridad jurídica, los valores y principios del Derecho.

## **II Delimitación del Problema**

### 2.1 Problema central

¿Es viable la aplicación de la doctrina del levantamiento velo societario en el Perú?

### 2.2 Problema secundario

¿Existen en el Derecho Nacional figuras o instituciones jurídicas que alcanzan y responsabilizan a los accionistas, por el uso irregular de la forma de la sociedad anónima, generando el mismo efecto que con la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario?

## **III Hipótesis**

En lo que se refiere a la hipótesis he formulado la siguiente:

La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario es viable por razones de índole jurídico/axiológico, normativo, económico y político.

Desde una perspectiva jurídico/axiológica, se trata del afianzamiento de la seguridad jurídica no sólo a partir de la aplicación literal del Derecho sino con los valores implícitos en él.

A partir de una perspectiva normativa, la doctrina, como fuente de Derecho reconocida, es válidamente aplicable.

Desde una perspectiva política y económica, la sociedad anónima, como persona jurídica por excelencia en el tráfico económico y mercantil, no será puesta en tela de juicio por supuestos o casos aislados que serán corregidos y sancionados, contribuyendo así a mantener el privilegio de la responsabilidad limitada, el cual es un gran incentivo en la libre empresa, propulsora del desarrollo económico.

## **IV Variables**

1. Persona: persona física y persona jurídica
2. Derecho Nacional y marco axiológico

3. Fuentes de Derecho
4. Seguridad jurídica
5. Sociedad Anónima
6. Derechos y deberes de la sociedad anónima
7. Sistema de responsabilidad jurídica
8. Responsabilidad extra jurídica
9. Principio de Buena Fe
10. Abuso de Derecho y Fraude a la Ley
11. Doctrina de levantamiento del velo

## **V Finalidad de la investigación**

### 5.1 Finalidad general

Sustentar la viabilidad de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario en el Perú.

### 5.2 Finalidad específica

- a) Determinar los fundamentos de la sociedad anónima, como sujeto de Derecho, con derechos, deberes y responsabilidades y su regulación en el Derecho nacional.
- b) Determinar si a través de las diferentes figuras o instituciones jurídicas y sistemas de responsabilidad en el Derecho Nacional, se logra el efecto del levantamiento del velo societario.
- c) Determinar los supuestos generales para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario.

## **VI Justificación del problema**

La decisión de investigar respecto al fundamento, sustento y justificación para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, me ha llevado a hacer una revisión general de lo que persona jurídica es desde el punto de vista filosófico encontrando de manera preliminar que entre persona física y persona jurídica no hay diferencia sustancial porque ambas parten del concepto “persona” que es una creación del Derecho. Se trata de una categoría jurídica para atribuir derechos y deberes al ser humano ya sea como sujeto individual o colectivo-asociado. Así a la persona física como a la persona

jurídica se le reconocen derechos y obligaciones porque ambas son “sujetos de derecho”.

En consecuencia se verificará el reconocimiento y garantía de los derechos a la sociedad anónima para luego establecer cómo se exigen sus deberes y responsabilidades para arribar a la tendencia actual. Hoy hay deberes más allá de los jurídicos, porque abordamos los deberes morales, éticos y sociales que imprimen a las sociedades anónimas para que contribuyan al desarrollo del país, y por ello nos encontramos con un nuevo concepto de responsabilidad en las sociedades anónimas como la Responsabilidad social empresarial y las Prácticas de Buen Gobierno.

En este contexto, es necesario revisar si ante la trasgresión de deberes, ya el ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos suficientes como para sancionar a la propia sociedad anónima o a sus representantes para corregir la conducta antisocial. Tenemos la responsabilidad civil con las acciones civiles; la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa, por lo tanto es necesario verificar si éstas son idóneas para atacar de manera individual una acción irregular, a fin que no sea necesario recurrir al levantamiento del velo societario o si por el contrario es imperativo, en situaciones excepcionales aplicar la doctrina. Este es el marco que justifica el presente trabajo de investigación y resumiendo tenemos que la trascendencia e importancia del tema es:

- a.-Desde una perspectiva jurídica: el afianzamiento de la seguridad jurídica
- b.-Desde una perspectiva normativa: la doctrina, como fuente de Derecho, es aplicable.
- c.-Desde una perspectiva política y económica: la sociedad anónima, como persona jurídica por excelencia en el tráfico económico y mercantil, no será puesta en tela de juicio por casos aislados.

## **VII Diseño y Metodología**

El diseño metodológico es el descriptivo, esto es diseño preexperimental, en que se mostrará las características de hechos, instituciones y fenómenos tal como se presentan en la realidad, sin intentar dar una explicación entre las relaciones existentes entre los elementos de los mismos. Así se describirá el nacimiento, existencia y desarrollo de la sociedad anónima, sus derechos,

deberes y responsabilidades, así como la manifestación del fenómeno del uso de la forma de la persona jurídica, con fines antisociales, lo cual es contrario a su funcionalidad.

Por la naturaleza del diseño no se ha considerado necesario recolectar muestras, encontrando suficiente para el trabajo descriptivo, complementar la exploración y observación del fenómeno con diferentes resoluciones a las que se hacen referencia en el desarrollo del trabajo y que se presentan como anexos, tales como una resolución judicial singular en materia laboral, resoluciones del Tribunal Constitucional, resolución de INDECOPI e información proveniente del Mercado de Valores.

### **VIII Conclusión y recomendación**

A partir de las siguientes posiciones asumidas en el foro académico, respecto a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario:

- a) No es viable la aplicación de la doctrina, para ello se requiere regulación expresa por ley, a fin que no se vulnere la seguridad jurídica, o
- b) No es necesaria la aplicación o regulación porque el mismo efecto, que se logra con la aplicación de la doctrina, se puede obtener con otras figuras o instituciones jurídicas que ya existen en el ordenamiento jurídico nacional.

La posición por la que concluyo no es una intermedia ni mixta. Afirmo que es viable e imperativa la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, sin que sea necesaria una regulación expresa que faculte al Juez para su aplicación.

La función jurisdiccional tiene implícitos todos los atributos y prerrogativas para impartir Justicia, según el Derecho, lo que quiere decir que también deberá cautelar el respeto a los valores en Derecho. Por otro lado la viabilidad encuentra fundamento en que no existe una institución o figura jurídica, de acuerdo a la exploración realizada, que alcance los efectos de la doctrina del levantamiento del velo societario y que por tanto de una respuesta por Justicia y Equidad.

## Capítulo Primero

### ASPECTOS FILOSÓFICOS DE LA PERSONA JURÍDICA

“El hombre tiene repetidamente que formularse esta pregunta, que compromete la más honda razón existencial: ¿Qué soy y para qué soy? Y entonces tiene que hacer la apreciación de orden ético fundamental y que, por lo tanto, interesa esencialmente al derecho. Por eso es que el tema de *La noción jurídica de persona*, en cuanto pregunta y responde sobre el ser del hombre como sujeto jurídico, es básico, cardinal, es lo que se refiere a aquel, pues la ciencia jurídica tiene como misión estudiar las relaciones sociales, y cuando menos una especie de ellas, entre individuos y entes colectivos, dotados de la calidad de sujetos de imputación de tales relaciones”<sup>1</sup>.

José León Barandiarán

Comúnmente cuando se habla de “persona” hay una identificación directa con el ser humano, que a su vez se equipara con la persona humana — hombre, mujer, niño, niña y adolescente— y finalmente con el hombre. Esta idea tiene como antecedente el Derecho Natural, donde inicialmente se equipara al ser humano con la persona. Sin embargo, más allá del Derecho Natural, de una revisión filosófico-jurídica del concepto “persona” verificamos que no hay un concepto unívoco. Si bien existen varias posiciones sobre el tema, nos inclinamos por aquella en la que persona es una categoría o construcción jurídica, creada por el Derecho, a la que se le reconoce y garantiza derechos pero también se le impone deberes y obligaciones, todo ello a través del reconocimiento de la personalidad jurídica. Por tanto, hablar de “persona” en Derecho no tiene porqué remitir sólo y necesariamente al ser humano de manera individual, sino también a ese ser humano (persona física) que conforma un colectivo o una organización social (persona jurídica). Finalmente, ambos son personas y sujetos de Derecho porque así lo ha querido el ordenamiento jurídico. Y es que, como señala Legaz y Lacambra, ciertamente” el Derecho positivo puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola o ampliándola, de igual modo que negar a ciertos

---

<sup>1</sup> Prólogo a la obra *La noción jurídica de persona* de Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1962, p. 9.

individuos la capacidad de derecho en totalidad o en parte, y además, arrancando, por decirlo así, dicha capacidad del individuo, crear artificialmente una personalidad jurídica<sup>2</sup>.

Como es relevante esta diferenciación entre ser humano, persona y persona jurídica, haremos una revisión de estos conceptos.

## 1. SER HUMANO

En el Derecho Natural hay una equivalencia entre el “ser” y la “persona humana”, donde se relaciona a la última con Dios y hay una ordenación obligatoria al bien común universal y al bien común de la sociedad<sup>3</sup>. Se enuncia la individualidad de la persona humana y lo normativo regula principalmente las relaciones de la persona humana con los otros, esto es, las relaciones sociales, pero todo ello en el marco de la Ley Eterna, aquella que tiene como fundamento al ser o persona humana creada a imagen y semejanza de Dios. Este ser humano tiene derechos y obligaciones. Así, se le reconoce derechos primarios como la existencia o el derecho a vivir, el derecho a la integridad física (llamada también integridad corporal), el derecho a un decoroso nivel de vida, o el derecho a la integridad moral (fama, buen nombre, honor, reputación). Luego están los derechos derivados de la libertad del hombre: acceso a los bienes de la cultura y la adoración a Dios. A su vez, hay derechos vinculados con el orden económico como el derecho al trabajo, salario, propiedad e institución familiar. Entonces la persona humana, así como ha sido descrita por y para el Derecho Natural, es un sujeto de Derecho.

A partir de la individualidad del ser o persona humana, en una semejanza con Dios, se atribuye a Samuel Pufendorf (1632-1694) el primer intento de construir un Derecho Natural moderno con solamente la ayuda de la razón y reconociendo la dualidad del ser humano, Pufendorf introduce la sociabilidad como un elemento necesario del hombre para vivir en comunidad y hace una distinción básica entre los seres físicos y morales (*entia physica* y *entia moralia*), ello a partir de la incapacidad (*imbellicitas*) y la sociabilidad del

---

<sup>2</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed. revisada y aumentada, Bosch, Barcelona, 1979, p. 696.

<sup>3</sup> MONTEJANO, Bernardino, *Curso de Derecho Natural*, 5ª ed. ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 270.

hombre (socialitas), como elementos reales constitutivos de la naturaleza humana, en sentido ontológico<sup>4</sup>.

Entonces la dualidad radica en la coexistencia de la moral (ser moral-Dios) y Derecho (ser físico), como dos conceptos "... que ya no tienen nada de común entre sí; que cada uno posee un contenido específico propio y se desarrolla en ámbitos fundamentalmente distintos de la actividad humana; el uno es el foro externo, el otro es el foro interno; el uno se desarrolla en el campo de la coexistencia, la otra tiene su sede en el ámbito del pensamiento y la conciencia"<sup>5</sup>, pero que, finalmente, ambos son inherentes a la persona humana. En el ámbito del Derecho, hay una imposición de la ley a la persona para obrar exteriormente y su ejecución la garantiza la autoridad mediante la fuerza o coacción, mientras que el ámbito espiritual o moral no se traduce o manifiesta en un obrar externo sino que permanece en el interior del hombre, y al cual no puede llegar la ley con su fuerza coactiva. En este contexto Pufendorf reconoce plenamente el peso de personalidades como la individual y la corporativa, privada y pública, la simple y la compuesta.

## 2. CONCEPTO DE "PERSONA"

A partir del antecedente descrito, se propugnó que en el desenvolvimiento del Derecho, en todos los sistemas jurídicos, debía observarse un desarrollo constante de la "condición social" (sociabilidad) como característica de la relación entre las personas, la sociedad y el contrato como forma natural de esas relaciones en una sociedad organizada, llegando a considerarse la libertad de contratación de las personas como la máxima expresión del Derecho. Así que se llegó a considerar que "...la relación jurídica se establece entre personas (...) pero no entre personas en cuanto 'hombres' en general, sino entre hombres en cuanto sujetos de Derecho o personas en sentido jurídico"<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> FRIEDRICH, C. J., *La Filosofía del Derecho*, 6ª reimpr. (1ª ed. en español: 1964), Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 168.

<sup>5</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 28-29.

<sup>6</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 684.

Según el *Diccionario de Filosofía* de Nicola Abbagnano<sup>7</sup>, persona puede definirse en dos sentidos, uno común y otro general. En un sentido común, el término persona “es el hombre en sus relaciones con el mundo y consigo mismo” y en uno general que entiende al hombre de manera primigenia, a imagen y semejanza de Dios y luego como hombre con una condición social que es un sujeto de relaciones. Se trata de la dualidad en los dos ámbitos del ser o persona humana, uno moral por su relación directa con Dios y el normativo jurídico por su relación social y sujeción al Derecho, identificándose diferentes exposiciones del concepto.

En el lenguaje filosófico, el concepto “persona” fue introducido como “máscara”, para indicar los roles representados en la vida por el hombre, pero ello se consideró desacertado por cuanto no denota el aspecto sustancial de la persona, lo que es de relieve, sino sólo un carácter aparente. “Originalmente en Roma, la palabra ‘persona’ era un vocablo que tenía que ver con la actividad teatral y de ahí pasó a designar nada menos que al sujeto del Derecho. Ello mueve a preguntar a Savatier el por qué “extraña fantasía de la historia del lenguaje la palabra persona, palabra de teatro, que en un principio designaba la máscara de los actores, se consolidó en el lenguaje jurídico para encarnar aquello que el hombre tiene de esencial...”<sup>8</sup>.

En lo que se refiere a la noción de persona como “sustancia”, ésta se limitó a la relación de Dios y su hijo. Para San Agustín persona significa “sustancia” ya que Dios es sustancia, y para Santo Tomás la persona tiene carácter sustancial pero con un significado de relación con Dios, sustancia que no es algo adherido al sujeto sino que es la misma esencia divina, que subsiste por la esencia divina .

A partir de Descartes se debilita el carácter “sustancial” de persona ya que se introduce la “relación del hombre consigo mismo” y se identifica el concepto de persona con el yo-identidad personal (razón, reflexión, conciencia y pensamiento). Locke, por su parte, identifica y resalta la identidad personal, mientras que Leibniz le agrega a la identidad personal, la identidad física o real. Como se tiene la relación de la persona consigo mismo, que es la definición de

<sup>7</sup> ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 7ª reimpr. (2ª ed. en español: 1974), Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 909.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La noción jurídica de persona*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1962, p. 49.

la conciencia como único dato conceptual, hay una caracterización con el personalismo, esto es, que tiene como centro de sí a la persona, considerando al hombre como un ser subsistente y autónomo pero sin dejar de ser social y moral, algo así como un ser libre pero no aislado de la comunidad.

Hegel y Marx trastocan la noción filosófica tradicional y se tiene a la persona humana como una relación de producción y trabajo, esto es, por las relaciones del hombre con la naturaleza y con los demás hombres para satisfacer sus necesidades. Se tiene a la persona como un medio.

Un concepto más evolucionado de persona lo presenta Kant con un aditivo racional, señalando que los seres racionales son denominados personas porque la naturaleza los indica como fines en sí mismos, como algo que no puede ser adoptado únicamente como medio. A su vez Scheler relaciona a la persona con el mundo exterior y el individuo por su relación con la sociedad, así la persona es concebida como un agente moral, un sujeto de derechos civiles y políticos o miembro de un grupo social. La persona no debe confundirse con el alma, el yo o la conciencia, como únicos datos conceptuales de la persona humana. Como ejemplo ilustrativo tenemos el del esclavo que siendo alma, yo y conciencia, no sería considerado como persona por cuanto no puede disponer de su propio cuerpo. Sin embargo, a nadie le quepa duda que el esclavo es un ser humano y no una cosa. Eugene Petit señalaba que la "condición jurídica del esclavo se resume en estos dos principios: a) En el Derecho civil no tiene personalidad; es una especie de muerte civil. Es una cosa clasificada en la categoría de las *res mancipi* (...); b) En Derecho natural, el esclavo no se diferencia de los demás hombres. Tiene los mismos derechos y los mismos deberes, así que figura en la división de las personas"<sup>9</sup>. De ello se infiere que el esclavo no tiene ningún derecho político, no puede casarse civilmente, no puede adquirir bienes, pero en los actos jurídicos puede figurar con el nombre de su dueño, en consecuencia no puede obligarse civilmente pero sí naturalmente. Sin embargo y a pesar de lo señalado, si bien al esclavo no se le reconocía una personalidad jurídica, no podía restringirse en absoluto sus derechos por cuanto es hombre y por lo tanto tiene una personalidad natural.

---

<sup>9</sup> PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 21ª ed., Porrúa, México, 2005, p. 80.

Por su parte, Thomas Hobbes<sup>10</sup>, quien representa el paso formal de la doctrina del Derecho natural a la teoría del Derecho como contrato social, brinda un concepto de persona, según el cual "Una persona es aquel cuyas palabras o acciones son consideradas o como suyas propias, o como representando las palabras o acciones de otro hombre, o de alguna otra cosa a la cual son atribuidas, ya sea con verdad o por ficción. Cuando son consideradas como suyas propias entonces se denomina persona natural; cuando se consideran como representación de las palabras y acciones de otro, entonces es una persona imaginaria o artificial". Así al concepto original de "persona", le agrega el adjetivo natural pero en un contexto de la sociedad organizada, por lo tanto es una persona natural y civil. Entonces a la "persona natural", cuando se le atribuye acciones de otros, es un cuerpo social simulado o una "persona artificial" que no es otra cosa que el Estado. Esta distinción entre persona natural y persona artificial, descrita por un filósofo del Derecho es la que encontramos más próxima al concepto de persona jurídica, que tenemos en el Derecho positivo.

Como lo hemos expuesto al principio, hay teorías que afirman que sólo el hombre, como realidad natural, es persona, que no hay más persona que el hombre tal como lo sostiene Savigny, Borda afirma que la persona no es un producto del Derecho, no nace por obra del Estado sino que es un hombre de carne y hueso que nace, sufre y muere<sup>11</sup>. Contrariamente, otras teorías propugnan que persona es un calificativo que otorga el ordenamiento jurídico y se hace extensivo a las llamadas personas colectivas o morales o "jurídicas", las mismas que resultan ser, en consecuencia, una construcción normativa<sup>12</sup>. A esta última teoría se suscribe Carnelutti, ya que considera que también las personas físicas son jurídicas puesto que la aptitud para ser sujetos de relaciones jurídicas la atribuye siempre el Derecho; como las personas jurídicas están sólo compuestas por seres humanos, también ellas son personas físicas<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> HOBBS, Thomas, *Del ciudadano Leviatán*, traducción de E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1987, p. 141.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, *La noción jurídica de persona*, cit., p. 121.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, *La noción jurídica de persona*, cit., p. 93.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, *La noción jurídica de persona*, cit., p. 118.

Legaz y Lacambra afirma que “el concepto de persona jurídica en sentido jurídico es unitario —jurídicamente no existe diferencia entre la persona física y la persona jurídica— y constituye una ‘imagen y semejanza’ del de persona en sentido filosófico, con lo que se quiere decir, de un lado, que es una entidad distinta de ésta, pero que no se pueden separar ontológicamente más allá de una cierta medida, y que por consiguiente, no hay una mera equivocidad en los términos sino una real analogía y una como transfusión de los valores de la personalidad ética en la personalidad en sentido jurídico, por lo que también dentro del Derecho tiene que darse esta analogía y transfusión entre la subjetividad jurídica en general y la persona jurídica en particular”<sup>14</sup>.

Nosotros, como lo hemos señalado al principio, asumimos la posición formalista o normativa y tenemos a la persona como una categoría jurídica creada por el Derecho positivo para considerar a la persona humana, en forma individual o colectiva, a través de una personalidad jurídica, como un sujeto de derechos y obligaciones. No se es persona por la calidad de hombre-mujer o ser humano sino porque así lo ha determinado el Derecho, no debiéndose ubicar en un plano superior a la persona física frente a la llamada persona artificial o jurídica, porque ambas son personas como sujetos de Derecho.

### **3. PERSONA JURÍDICA**

Existen una serie de filósofos y juristas que han tenido como objeto de estudio a la persona jurídica, sin que pueda decirse que el análisis ha concluido. Y es que “La todavía inconclusa polémica acerca de la naturaleza y justificación de la persona jurídica se traduce en la formulación de las más dispares teorías y en la ausencia de una definición legal que determine en general lo que haya de entender por tal”<sup>15</sup>. Por nuestra parte, teniendo a la persona como construcción normativa, concordamos que la “persona llamada ‘jurídica’ es de la misma esencia que la persona física, ambas son una unidad de un conjunto de normas. Esencialmente son la misma cosa: normas. Así como la persona ‘física’ no es el hombre, la ‘jurídica’ tampoco tiene una

---

<sup>14</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 720.

<sup>15</sup> ROVIRA SUERIO, María E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, CEDECS, Barcelona 1999, p. 264.

existencia natural. Ambas, al participar de la misma esencia, son expresiones unitarias y personificadas de un complejo de normas. Si la persona ‘física’ es el orden jurídico que regula unitariamente cierta conducta contenido en él y relacionada con un sujeto individual, la persona llamada ‘jurídica’, es el conjunto de derechos y deberes que regulan la conducta de una ‘pluralidad de hombres’<sup>16</sup>. Así, la persona jurídica se halla en una situación jurídica tal que determinados actos que realiza le son reconocidos o imputados como suyos por el Derecho objetivo y producen una consecuencia jurídica que constituye “su derecho”.

La dignidad no es un patrimonio exclusivo de la persona humana sino que los valores formales de la personalidad existen también o pueden existir en las asociaciones humanas;” en éstas pueden darse una unidad de pensamiento, de volición y de acción que las convierte en señoras de sus actos, al mismo tiempo que la idea y el bien común que encarnan les dota de una dignidad que sobrepasa con mucho a la mera utilidad que poseen como instrumento de fines particulares humanos<sup>17</sup>. Siempre nos ha llamado la atención que a la persona jurídica también se le denomine “persona moral” y hemos encontrado que esta denominación encuentra su antecedente en el Derecho canónico y en referencia a las instituciones eclesiásticas (llámese iglesia, seminarios etc.) “Las personas morales pueden ser colegiadas y no colegiadas. Las personas morales ‘colegiadas’ (corporativas) tienen como sustrato de su subjetividad jurídica un conjunto asociado de personas físicas, un ‘colegio’; el sustrato de las personas morales ‘no colegiadas’ (institucionales, fundacionales) es un conjunto unitario de cosas; las primeras tienen miembros, las segundas no cuentan con miembros sino con destinatarios o beneficiarios<sup>18</sup>. De allí que una persona moral colegiada será una sociedad. Por otro lado, “Samuel von Pufendorf refiere que los seres morales pueden dividirse en sustancia y modo.” Los seres morales considerados como sustancia son las personas morales. Estas, a su vez, se distinguen en ‘personas simples’, o sea, los hombres considerados en particular, y en ‘personas morales compuestas’, que son aquellas en las que varios hombres reunidos por algún vínculo moral

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, *La noción jurídica de persona*, cit., p. 150.

<sup>17</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 700.

<sup>18</sup> GARDELLA, Lorenzo A., “Personas eclesiásticas”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1979, T. XXII, p. 255.

componen una misma y sola idea, de tal modo que lo que quieren o lo que hacen en virtud de esta unión se considerará como una sola voluntad y una sola acción (...) Esta nueva designación supone la admisión de una nueva concepción: la persona moral es una realidad y, como el hombre, es también una sustancia en cuanto ente moral. No puede, por tanto, calificarse de ficción ni abstracción”<sup>19</sup>.

Lo que encierra nuestro punto de vista y que ya lo hemos señalado, es lo que expone Teleki Ayala en el sentido que el “concepto de persona jurídica nada tiene que ver ni con el hombre ni con los grupos de humanos. Si se llegase a discutir si la persona jurídica (tomada en su sentido corriente) es distinta a la persona física (humano), se diría en primer lugar que es tanto como tratar de confundir una categoría con la cosa en sí no captable, más aún si tenemos en consideración que el Derecho sólo capta una parte del comportamiento humano, no en su carácter fisiológico o psíquico, sino como significación jurídica. La pregunta clave sería: ¿por qué persona jurídica es persona, tanto como el hombre? Pues en razón a que nada interesan el hombre como tal o el grupo de humanos en sí”<sup>20</sup>.

#### 4. PERSONALIDAD

Según Abbagnano personalidad es la condición o ‘el modo de ser de la persona’. Clásicamente se han distinguido los conceptos de persona y personalidad, entendiendo al primero como una situación jurídica y al segundo como una aptitud para tener dicha situación jurídica. “Lo mismo que en el lenguaje jurídico que en el lenguaje moral, el uso tiende a establecer un cierto matiz diferencial entre las expresiones ‘ser persona’ y ‘tener personalidad’. En el primer caso se piensa en una cualidad abstracta, mientras que en el segundo se expresa una forma concreta, una concreción en una determinada

---

<sup>19</sup> URTECHO NAVARRO, Alejandro, “Tras los orígenes de un paradigma. Breve esbozo de la incidencia de las teorías clásicas de la pena en el aforismo jurídico *societas delinquere non potest*”, en *Actualidad Jurídica*, N° 159, Lima, 2007, p. 284

<sup>20</sup> TELEKI AYALA, David, *La personificación jurídica en la teoría general del derecho*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004, p. 60.

forma de la persona (...) [La] persona es un dato previo y la personalidad una conquista<sup>21</sup>.

Algunas doctrinas buscan explicar la personalidad como carácter únicamente de la persona humana, unas presentan el tema desde el plano espiritual y otras desde el plano real, como lo veremos a continuación:

#### **4.1. Doctrina del alma colectiva**

En la que hay un psique común yuxtapuesta, como un agregado más, a la realidad de psiques individuales con un mismo carácter de sustancia.

#### **4.2. Doctrina del organismo espiritual**

En la que el ser de la persona está dotado de una conciencia y una voluntad que no es una sustancia sino una síntesis, y en la que la unidad se constituye no como una sustancia biológica ni psicológica, sino como una unidad moral, resultante del hecho de la subordinación de los miembros al todo.

#### **4.3. Doctrinas de la realidad**

Entre las que podemos mencionar a la organicista, institucional y la sociológica, para las cuales la personalidad jurídica es una realidad social.

##### ***a) Doctrina organicista o Teoría del órgano***

Ve en la persona social, real o analógicamente, a un organismo biológico parecido al organismo humano, dando a entender que la base de la personalidad es el organismo. Por ejemplo, para Gierke la persona jurídica es como una “persona real” conformada o constituida por individuos reunidos y organizados para concretar un fin común que va más allá del interés individual, a consecuencia de una voluntad en común y de un actuar común, ambos fuera

---

<sup>21</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 699.

de la esfera de la simple suma de voluntades o acciones, sino como un voluntad y acción suprema y soberana expresada a través de los órganos de la organización social. Es la teoría acogida de manera mayoritaria y lo que se conoce como la imputación de voluntad de la persona jurídica, la que manifiesta la misma a través de sus órganos.

### ***b) Doctrina de la institución***

Es la que resalta por haber distinguido dos dimensiones del problema de la personalidad (unidad del grupo social y unidad de la persona humana) ya que ha afirmado la existencia de una “personalidad moral” de las “instituciones” independiente de su personalidad jurídica, la cual viene a ser sólo una máscara como una personificación de la institución por parte del Derecho para el orden de sus relaciones exteriores. Así, a las “personas morales” las ha llamado “organismos” o “cuerpos”. Para Michoud, el ser humano es el centro del interés y de voluntad a quien el Derecho reconoce personalidad, pero como el individuo de manera aislada no puede alcanzar sus objetivos entonces tiene que unir esfuerzos con otros y a consecuencia de ello el Derecho tiene que reconocerle a esta agrupación derechos y proteger sus intereses.

### ***c) Teoría sociológica***

Relacionada con la propuesta de Hauriou en el sentido que en la realidad social y cotidiana hay una realidad institucional o realidades institucionales y que constituyen una estructura jerarquizada. En estas realidades institucionales hay actos humanos organizados y reunidos”. Cuando la idea de obra arraiga de tal modo en la conciencia de los individuos que éstos actúan con plena conciencia y responsabilidad de los fines sociales, entonces la institución adquiere personalidad moral”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> SMITH, Juan Carlos, “Personas jurídicas”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1979, T. XXII, p. 268.

## 5. PERSONALIDAD JURÍDICA

Si la persona humana para el Derecho natural es un sujeto de Derecho, la persona jurídica lo es para el Derecho de los hombres, esto es, para el Derecho positivo, ya que tiene derechos y obligaciones. La personalidad que ambas tienen es la personalidad jurídica, la que confiere el ordenamiento jurídico, no hay otra personalidad que no sea ésta. Acertadamente Legaz y Lacambra afirma que “por debajo de la personalidad jurídica no hay que buscar necesariamente otro substrato que el de la personalidad humana en general y es indiferente que ésta se considere aislada o aparezca en situación de pertenencia a una personalidad colectiva, en general, a cualquier forma de unión social. También es indiferente que las realidades sociales que constituyen el substrato de las personas jurídicas pertenezcan al género ‘sociedad’ o al género ‘comunidad’ siendo posible la existencia de relaciones de sociedad personificadas jurídicamente (por ejemplo, una sociedad comercial) y relaciones de comunidad no personificadas (así, la familia), e igualmente los respectivos casos inversos (una sociedad cualquiera no reconocida por la ley; la corporación profesional de un Estado corporativo)”<sup>23</sup>.

En consecuencia, no hay diferencia jurídica alguna entre la personalidad jurídica individual y la colectiva; para el Derecho, es irrelevante que el substrato de la personalidad jurídica sea una persona humana única, o una pluralidad de personas humanas unificadas idealmente por el sistema jurídico.

Teniendo en cuenta que la “personalidad jurídica” es una peculiar forma de ser de la existencia, que puede calificarse como un ‘estar en situaciones jurídicas’, a continuación mencionaremos algunas teorías de la personalidad jurídica de los entes sociales, como las siguientes:

### 5.1. Teoría de la ficción

Procede de la época imperial del Derecho romano. La persona jurídica era una especie de instrumento idóneo para la formación de patrimonios sociales, jurídicamente vinculados a los fines de la sociedad. La personalidad jurídica se

---

<sup>23</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 264.

creaba siempre para el reconocimiento de ciertos fines concretos a los cuales se consagraba un patrimonio. Los canonistas medievales a partir de Sinibaldo Fieschi (quien luego sería el Papa Inocencio IV) aludieron a la “persona ficta” para garantizar la independencia de los patrimonios eclesiásticos y consideraron al Estado y la ciudad como una persona. Savigny, con la Escuela Histórica en la ciencia jurídica moderna, reconocía que el hombre es el único sujeto de Derecho posible y como todo Derecho requiere un sujeto, éste tiene que ser construido por medio de una ficción jurídica cuando se trata de ciertos derechos que no pueden ser atribuidos a un sujeto individual. El reconocimiento de la personalidad de las colectividades sólo podía hacerse mediante una ficción creada por el Derecho a través del Estado, el que otorgaba la personalidad jurídica<sup>24</sup>. Este modelo ofrecía riesgos, ya que el Estado podía —como lo hizo— someter a algunas colectividades organizadas bajo la amenaza de retirarles la personalidad jurídica; de igual modo, existieron diferencias fundamentales entre los planteamientos de Savigny y Sinibaldo Flisco (un canonista que se rebela contra la responsabilidad delictual que se le imponía a las corporaciones en el siglo XIII) sobre la posición del Estado frente a la persona jurídica. Para el primero, el Estado otorgaba la personalidad jurídica, mientras que para el segundo el Estado la reconocía.

## **5.2. Teorías que afirman la personalidad del ente social como realidad**

### ***a) Teorías organicistas***

Se plantea en contraposición con la teoría de la ficción y se atribuye a Otto von Gierke. Denominada también teoría de la realidad o antropomórfica, ya que se afirma que la persona jurídica es un organismo análogo y comparable al del hombre, por tanto representa una unidad real y viviente que ha de ser reconocida como persona por el orden jurídico, del mismo modo que reconoce la persona del hombre.

Entonces la persona jurídica no es una ficción, sino que es una realidad a la cual el Derecho reconoce como realidad preexistente por el significado de los

---

<sup>24</sup> SAVIGNY, Federico, *Sistema del derecho romano actual*, Góngora y Cía., Madrid, 1879, T. II, pp. 60 y ss.

grupos portadores de intereses propios y distintos de los individuales de sus miembros con voluntad propia, conformada y expresada a través de los órganos de la comunidad<sup>25</sup>. Esta doctrina es el antecedente de la Teoría del órgano que es la que se acoge ahora mayoritariamente en las legislaciones.

### ***b) Teorías idealistas***

Se tiene a la persona jurídica como “razón objetiva” o “persona cultural”. Al aplicar la doctrina hegeliana del espíritu objetivo, se afirma que la persona jurídica representa una manifestación de la existencia social del hombre, una forma de realizarse la razón y la eticidad, dotada de un valor autónomo que le confiere una pretensión de reconocimiento por parte del orden jurídico.

### ***c) Teorías voluntaristas***

Hay primacía de la voluntad, y por ello en el ente social lo que existe es una voluntad psíquica colectiva y cuantitativa distinta de las voluntades individuales.

## **5.3. Teorías finalistas**

Se presentan diversos enfoques que afirman la unidad real del ente social en sentido teleológico:

### ***a) Teoría del interés***

Su máximo representante es lehring, quien pretendió presentar una doctrina jurídica pura de la personalidad. Las teorías que sostenían la personalidad jurídica en la personalidad ética, como la idea del organismo o la voluntad psíquica tenían un contenido metajurídico que era evitado por una concepción que funda la personalidad en la idea de un interés jurídicamente protegido. Respecto a la teoría de la ficción considera que sólo los miembros

---

<sup>25</sup> CAPILLA RONGERO, Francisco, *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 48.

de la persona colectiva son verdaderos sujetos de Derecho y que la subjetividad jurídica de la misma es una construcción artificial a la que se recurre con vistas para realizar las acciones.

### ***b) Teorías combinadas***

El fundamento de la personalidad es la síntesis de un interés querido por la voluntad y de una voluntad a la que el orden jurídico reconoce el poder de representar y defender ese interés. Al principio de individualización de la persona jurídica se le añade un fin, que convierte la pluralidad en una unidad.

## **5.4. Teorías patrimonialistas desde diferentes enfoques**

### ***a) Teoría del patrimonio de afectación***

Se le denomina también “teoría del patrimonio al fin” o “teoría del patrimonio sin sujeto”. Su máximo ponente fue el alemán Brinz, quien criticando la teoría ficcionista (de un sujeto fingido sólo se obtiene una pertenencia fingida) sostiene que un patrimonio puede no sólo pertenecer a una persona natural, sino a un fin determinado y que para ello no es necesario que éste tenga un titular, cuando aquél sea un conjunto de bienes afectados a un fin en el que no es necesario que exista una persona titular de derechos, razón por la cual recibirá protección del ordenamiento jurídico.

Así, la realidad de la persona jurídica consiste en el patrimonio que se halla adscrito a un fin. El fin es el que sustituye al sujeto de Derecho; por tanto habrá derechos y atribuciones pero sin sujeto de Derecho, son solamente “personificaciones” que no se trata de simples ficciones, sino que representan la verdadera naturaleza de las corporaciones y fundaciones.

### ***b) Teoría del patrimonio colectivo***

Esta teoría afirma que no es procedente la clasificación natural entre personas naturales y jurídicas, sino entre bienes de propiedad individual y colectiva; la personalidad jurídica, en realidad, oculta la propiedad colectiva. La

simple copropiedad es todavía virtualmente divisible pero en algunos casos los derechos individuales de los asociados, por su propia indivisibilidad, llegan a constituir una unidad jurídica que no puede romperse; entonces se tiene un patrimonio colectivo, surge una persona moral (la cual, por lo demás, en algún caso es malinterpretada como una ficción).

La persona jurídica es tan sólo un mecanismo artificial, creado para el uso y la gestión de la propiedad colectiva la que pertenece a un conjunto de personas, que usa los bienes en forma común, dejando de lado el concepto de las cuotas, propias de la copropiedad romana.

### ***c) Persona como empresa***

Otto Mayer considera que la ley crea un sujeto de Derecho que no es sólo un interés ni sólo un patrimonio sino una administración organizada, un nombre propio, todo dirigido a cierto fin, y que constituye una empresa. Aquí se rompen completamente los vínculos entre patrimonio y sus primigenios titulares, pues donde esos vínculos subsistan aún, se tratará de 'personas aparentes' (como las sociedades comerciales) o las 'suprapersonas' (como la supuesta personalidad jurídica del Estado).

Dentro de esta línea están las teorías de la institución (Hauriou, Saleilles) de la organización (Enneccerus, Behrend) y de la Administración (Leonhard) siendo de resaltar la Teoría de la Institución que se atribuye a Hauriou y que parte del supuesto que el Derecho no es sólo un conjunto de normas, sino la manifestación del poder de autonormación de los grupos humanos socialmente constituidos, en virtud del cual se conocerá como 'institución' a todo colectivo humano con autonomía interna para organizarse hacia el logro de sus fines en todas las jerarquías existentes en un conglomerado social<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*, cit., p. 58.

## **5.5. Teorías que afirman la persona jurídica como producto del Derecho objetivo/ciencia jurídica**

### ***a) La nueva teoría de la ficción***

La teoría de la ficción de Savigny es su antecedente, sin embargo si antes se reconocían once personalidades jurídicas donde había diez hombres: la individual de cada uno de los individuos y la 'fingida' de la colectiva, la nueva tendencia en esta teoría es que esos diez hombres deben ser tratados como si fuesen una sola persona: el ente social.

### ***b) Teoría de la creación jurídica***

La persona jurídica es parte del orden jurídico por ser una creación del Derecho, su realidad no es visible ni palpable sino que existe desde la óptica jurídica. Uno de los exponentes de esta teoría fue Hans Kelsen. La persona jurídica no es una ficción, porque la ficción presupone siempre la referencia a una realidad metajurídica que contrasta con la creación del Derecho y no se debe ver nada que esté fuera de la estricta creación del Derecho. Lo que para Kelsen sí es ficción es la doctrina común que equipara "persona en sentido jurídico" y "hombre" que responde a una tendencia personificadora del espíritu humano y duplica el objeto del conocimiento.

La persona no es el hombre sino sólo determinadas acciones de él en tanto que constituyen el objeto o contenido de normas jurídicas. Un hombre es persona significa lo siguiente: que la conducta contraria de la que representa su deber jurídico, o una cierta manifestación de su voluntad es la condición de que se produzca una consecuencia coactiva prevista en una norma de Derecho"<sup>27</sup>.

En el caso de Hart, éste considera improcedente el planteamiento del problema respecto a qué es la persona jurídica, de la cual no tiene sentido decir que es una ficción, ya que tal expresión no es más que un cierto uso de las normas jurídicas y de las expresiones implicada en ellas, para extraer determinadas consecuencias jurídicas.

---

<sup>27</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 713.

También se ha recurrido a la diferencia entre semántica y sintaxis para distinguir las personas físicas de las personas jurídicas. Persona jurídica es cierto nombre que se da a un grupo de normas que constituyen un ordenamiento de organización.

### ***c) Persona jurídica como relación***

Ser sujeto de Derecho significa estar en determinadas relaciones jurídicas cuya forma provenía del concepto de derecho subjetivo en abstracto y de su contenido concreto.

## **5.6. Teoría tridimensional**

Fue Carlos Fernández Sessarego quien elaboró la teoría tridimensional de la persona jurídica. Según el maestro sanmarquino, en la persona jurídica confluyen equilibradamente tres elementos sustanciales: la conducta humana, que se plasma en el grupo social que la integra; los valores, que constituyen la dimensión estimativa o axiológica y las normas, a través de las que se expresa el cumplimiento de formalidades dispuestas por el ordenamiento jurídico. Considera también que tanto la persona natural como la jurídica son puro concepto desarraigado de la realidad de la vida, que se reduce a un simple dato formal al cual se llega después de un proceso de abstracción mediante el que se logra reducir a la unidad ideal a una pluralidad de personas, las que subsisten en la experiencia jurídica y que, a través de una organizada actividad en común, reproponen alcanzar determinados fines valiosos. La persona es un centro ideal de imputación, un modo especial de designar unitariamente una pluralidad de normas que atribuyen derechos y deberes o situaciones jurídicas subjetivas<sup>28</sup>. Esta reducción de la pluralidad a la unidad es seriamente criticada por Teleki Ayala, quien señala que este “autor se detiene a preciar a las

---

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Naturaleza tridimensional de la persona jurídica”, en *Derecho-PUC*, N° 52, Lima, 1998-1999, pp. 254-259.

personas jurídicas como el reconocimiento de que los seres humanos se han congregado en fuerzas para conseguir determinados fines. Es en mi sentir una visión facilista que se abstrae de las normas (en concepto universal y fundamental) y se limita a examinar el por qué de ellas, las razones de su desarrollo y nos deja un gran vacío científico jurídico porque ante los problemas que se presenten no podemos responder solamente con los motivos del legislador<sup>29</sup>.

## **6. TEORÍAS QUE NIEGAN LA PERSONA JURÍDICA<sup>30</sup>**

Si bien hemos visto una serie de teorías que afirman la personalidad jurídica del ente social incluso como una realidad preexistente, también existen posiciones contrarias como las siguientes:

### **6.1. Persona como situación jurídica objetiva**

La representa Duguit y enuncia que no hay sujeto de derecho, puesto que el derecho (subjetivo) es una noción irreal; en cambio, hay situaciones jurídicas objetivas cuya protección en determinadas circunstancias exige una regla de Derecho objetivo.

### **6.2. Personalidad jurídica como resultado de un contrato de sociedad**

En este caso se destaca el patrimonio. Se trata sólo de una forma particular de sociedad, sin otros efectos prácticos que el de producir determinadas reglas derogatorias del derecho común.

### **6.3. La personalidad es la capacidad de conocimiento, de voluntad y de acción**

Se trata de un concepto prejurídico de la personalidad llevado al campo del Derecho negándose la noción de “persona jurídica” en sentido estricto, ya

---

<sup>29</sup> TELEKI AYALA, *La personificación jurídica en la teoría general del derecho*, cit., p. 67.

<sup>30</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 714-715.

que las colectividades son capaces de voluntad pero no de obrar, ya que no son personas, sino sólo una relación jurídica que no tiene más realidad que la de los individuos participantes en ella por medio de la cual satisfacen sus necesidades, sin que ella misma sea capaz de tenerlas.

#### **6.4. Personalidad jurídica como construcción artificial de la ley**

Es similar a la anterior. No se genera ninguna subjetividad distinta a la de los miembros que la componen y sólo significa que la unidad colectiva (exterior) es capaz formalmente de generar y perseguir en su nombre determinados deberes o derechos, que en realidad solamente pertenecen a sus miembros.

Como conclusión a esta parte decimos que el “equiparamiento que hoy se posee entre la categoría de sujeto y el ser humano, al nivel del reconocimiento o atribución general a todos los individuos de una personalidad jurídica, es producto de aquella lucha por el respeto y la dignidad humanas”<sup>31</sup>.

### **7. SOCIEDAD ANÓNIMA**

La aparición de la sociedad no fue tan bien recibida por toda la comunidad, como lo fue para los comerciantes, ya que “la irrupción de la sociedad anónima en el ámbito conceptual de la teoría de la persona jurídica ha sido uno de los factores que han contribuido a la formalización y degeneración y, consiguientemente, a la crisis de este concepto”<sup>32</sup>, asociándola con una deshumanización de la propiedad y con la insensibilidad del tenedor de acciones, al afirmarse que nuestro tiempo”, en el cual no podemos pensar en el retorno a una economía primitiva o de tipo artesanal, muchas veces requiere integrar capitales para encarar determinadas empresas económicas. Esta necesidad trae aparejado un nuevo problema: la deshumanización de la propiedad. El acelerado proceso de industrialización “amenaza o reduce las órbitas de “propiedad humana” y favorece las grandes concentraciones en las que se diluyen la personalidad, los ideales y muchas veces hasta la sensibilidad de conciencia del tenedor de un título representativo de parte del

---

<sup>31</sup> TELEKI AYALA, *La personificación jurídica en la teoría general del derecho*, cit., p. 62.

<sup>32</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 719.

patrimonio de una empresa (...) en las grandes entidades económicas se disocia el sentido unitario de propiedad, libertad y responsabilidad”<sup>33</sup>.

En el siglo XIX hubo un auge en la realidad económico social y aparecieron las sociedades anónimas. “Se dice que se trata en la sociedad anónima de una función persuasiva. Quiere “persuadir de la existencia, en el mundo del derecho, de otras ‘personas’ además de los seres humanos y, por esto, de la existencia de intereses sobrehumanos y de voluntad sobrehumana; de derechos, de poderes, de deberes, de responsabilidad pertenecientes ‘personas’ distintas de los seres humanos”<sup>34</sup>.

Respecto a la evolución de la sociedad anónima puede decirse que se da por dos fundamentos:

1. La estructura corporativa en la que se presenta la sociedad anónima guardaba similitud a la primera corporación que era el Estado.
2. La doctrina amplió el concepto persona jurídica para incluir en él a la sociedad anónima, ya que se limitó a mantener la idea que la personalidad consiste solamente en ser sujetos de derechos y obligaciones, lo que llevó a convertir a la persona jurídica en un concepto puramente formal.

Fargosi, citando a Ferrara, señala que la sociedad conforma una abstracción lógica, que describe una realidad de derechos, obligaciones y poderes, y que si bien constituye una realidad, y no una ficción, tal realidad no es la de los sujetos que se tocan o se ven, sino que es puramente abstracta, por cuanto el orden jurídico no reconoce otro destinatario que el ser humano. El Derecho societario ha llegado a la superación de la concepción de las sociedades como “personas” en sentido técnico, reconociendo que sólo lo son en virtud de un “privilegio” instrumental que el ordenamiento legal otorga a sus miembros para el logro de los fines tenidos en mira por éstos<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> RUIZ GIMÉNEZ, Joaquín, *Derechos y deberes del hombre*, Herder, Barcelona, 1965, pp. 436-437.

<sup>34</sup> GALGANO, Francesco, *Derecho comercial*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 97.

<sup>35</sup> ADROGUE, Manuel E., “Irregularidades e invalidez en la constitución de sociedad”, en *Sociedades Comerciales*, Cuadernos de la Universidad Austral, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 26.

Con la aparición de la sociedad anónima hubo una tendencia a hablar de la crisis de la persona jurídica, pero Galgano dice que ésta "...no afecta a la empresa capitalista en sí, sino que afecta a aquella particular forma jurídica de la empresa capitalista próxima, y al agotamiento definitivo de su ciclo histórico. El ciclo histórico se inicia en el momento en que la burguesía mercantil e industrial concibe grandes proyectos empresariales, que para ser realizados requieren ingentes capitales que aquella por sí sola, no posee"<sup>36</sup>, además que surge en una época en que la riqueza es distribuida entre dos clases sociales, la burguesía industrial y la comercial, donde ambas se necesitan.

A la aparición de sociedad anónima, de manera primigenia e histórica, se le ha asociado como el comienzo de la crisis de la persona jurídica, por la llamada "deshumanización de la propiedad" y la "insensibilidad de los tenedores de acciones", todo ello por el hecho que la *affectio societatis* que primaba en las asociaciones tradicionales pasó a ocupar, al parecer, un segundo lugar en las sociedades de capitales; sin embargo ello no es más que una apreciación subjetiva que no se condice con la razón de la existencia de este ente social. Que hayan ido apareciendo situaciones que han motivado el desarrollo de doctrinas como la del levantamiento del velo societario no es razón para hablar de crisis de la persona jurídica, por el contrario, se trata de una forma de neutralizar conductas que pretenden valerse de esta categoría jurídica y de los privilegios legales que se dan para fines distintos, burlando así la ley.

---

<sup>36</sup> GALGANO, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad Anónima, Estado y clases sociales*, traducción de Manuel Broseta Pont y Carmen Alborch Bataller, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, p. 151.

## Capítulo Segundo

### MARCO TEORICO JURIDICO

“El problema de la persona jurídica no es pues el de definir qué cosa ella sea sino el de precisar las condiciones de su uso, teniéndose en cuenta que cuando se dan tales condiciones de empleo del concepto persona jurídica el Derecho regula siempre relaciones entre los hombres”<sup>37</sup>.

Carlos Fernández Sessarego

#### 1. CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA

En el primer capítulo hemos presentado un alcance del enfoque filosófico del concepto persona para poder tener una comprensión más amplia y poder así introducirnos al campo normativo-jurídico, donde encontraremos que igualmente hay debate sobre la misma. En general puede decirse que la persona jurídica es un ente que, sin ser persona física, puede actuar en la vida civil como sujeto de derechos y de obligaciones. No es sencillo dar una definición que podamos decir acertada de “persona jurídica” ya que éste sigue siendo un campo abierto al combate; las luchas doctrinales que desde el principio del siglo transcurrido al día de hoy, han sido ásperamente sostenidas, no han aportado claridad en las nociones, las teorías se han venido multiplicando y entrelazando con maravillosa fecundidad, y de este cúmulo de discusiones ha salido la doctrina embrollada y pesadora<sup>38</sup>. De lo que sí estamos seguros es que la “persona jurídica es un único concepto jurídico con una significación delimitada, no por las leyes o normas particulares, en vocablos dispersos, sino por aquella ‘misión’ de ser un relevante instrumento de la exposición jurídica aquí y en cualquier parte del mundo”<sup>39</sup>.

Las personas jurídicas han sido denominadas de diversas formas, de acuerdo a las posiciones doctrinarias y evolución histórica: personas abstractas, personas ficticias, personas artificiales, personas místicas,

---

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, Universidad de Lima, Lima, 1984, p. 68.

<sup>38</sup> FERRARA, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1929, p. 122.

<sup>39</sup> TELEKI AYALA, *La personificación jurídica en la teoría general del derecho*, cit., p. 58.

personas incorporales, personas sociales, personas colectivas o personas morales<sup>40</sup> siendo que el concepto, tal como se tiene hoy, es consecuencia de su evolución y desarrollo cuyo antecedente es la sistematización del pandectismo alemán<sup>41</sup>.

Entre las definiciones de persona jurídica que son ilustrativas podemos citar las siguientes:

Para Francisco Ferrara junto, “a las personas físicas existen y son reconocidos por el Derecho otros sujetos jurídicos que no son hombres, los cuales también quieren, obran, persiguen sus fines a semejanza de aquéllos. En la vida hay fines individuales que perseguir, y a éstos provee el hombre, y hay fines que trascienden la esfera de los intereses individuales que sobrepujan las fuerzas del hombre singular, que perduran más allá de la vida humana, cuya realización es perseguida por entes que se forman en la vida social y que el Derecho acoge en su seno. Tales entes sociales, reconocidos por el Derecho objetivo, que tienen normalmente por función el cumplimiento de fines comunes y duraderos, es a los que llamamos personas jurídicas”<sup>42</sup>.

De Castro y Bravo señala que el concepto de persona jurídica, al popularizarse, se ha simplificado y se aplica de un modo mecánico, lo que, a su vez, facilita y empuja a que sea utilizado por legisladores y jueces. Despojado de complicaciones teóricas, se emplea usualmente para designar y justificar, al lado del hombre, unos entes con capacidad jurídica y de obrar dignos de una protección jurídica igual (salvo alguna excepción) a la atribuida a la persona natural (...). Se acepta como algo evidente, como un hecho, respecto al que como tal no importa que se discuta su naturaleza, que ésta quede inexplicable o se considere inexplicable”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> “La designación común es también la de cuerpo moral, denominación justamente criticada porque no se refiere a la esencia de este concepto, en la que no entra ninguna relación moral, y, por otra parte, no da bien la antítesis con las personas físicas, porque lo contrario de cuerpo moral es cuerpo inmoral (...). Verdad es que aquí se hablaba de moral en el sentido de ideal, intelectual, pero este significado está hoy fuera del uso lingüístico” (FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, cit., p. 16).

<sup>41</sup> El *Digesto* o *Pandectas* es la parte más valiosa y extensa del Derecho Romano, que contiene extractos, aunque no sistematizados, de los escritos de 39 juristas. El legado del Derecho Romano a Alemania hizo que éste llegara a asumirse como obligatorio en todo el imperio hasta fines del siglo XIX, en la forma del Código Justiniano. Así, en Alemania hay una especie de refundación del Derecho Romano a través de la pandectística o pandectismo, que es el análisis y sistematización de las instituciones del Derecho Romano.

<sup>42</sup> FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, cit., p. 5.

<sup>43</sup> CASTRO Y BRAVO, Federico de, *La persona jurídica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 213.

Para Gema Rosado por “persona jurídica conocemos, habitualmente, la organización creada a partir de la agrupación voluntaria de una pluralidad de personas físicas, con una finalidad común y una identidad propia y diferenciada que trasciende la de los individuos que la integran, dotada de órganos que expresan su voluntad independiente de la de sus miembros y de un patrimonio propio, separado del de sus integrantes, a la que el ordenamiento jurídico atribuye personalidad y, consecuentemente, reconoce capacidad para actuar en el tráfico jurídico, como sujeto independiente de derechos y obligaciones”<sup>44</sup>.

Y así podemos encontrar muchas otras definiciones siendo la más común y sencilla la que propone que se trata de un colectivo de personas al que el Derecho reconoce como persona y sujeto de Derecho, por lo tanto tiene derechos y obligaciones, y que se diferencia de la persona física en que no tiene sustancia por sí misma.

En el Perú no se conoció una teoría elaborada de la persona jurídica sino hasta 1872, con la obra de Toribio Pacheco y Rivero *Tratado de Derecho Civil Peruano*, de influencia savignyana, aunque este connotado jurista utilizaba la locución “persona civil”. Fue Manuel Atanasio Fuentes quien introdujo en el país el término “persona jurídica”, en su obra *Curso de Enciclopedia del Derecho*, en 1876<sup>45</sup>.

En el Código Civil de 1936 no había una definición de persona jurídica, sólo en el artículo 42º se establecía el comienzo de la existencia de la persona jurídica desde su inscripción registral; a su vez en su artículo 43º se establecía que las “personas jurídicas pueden, para los fines de su instituto, adquirir los derechos y contraer las obligaciones que no son inherentes a la condición natural del hombre”; y en el artículo 45º se dispuso que las “ personas jurídicas son entidades distintas de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos están obligados a satisfacer sus deudas”.

En la exposición de motivos del Libro de Derecho de personas del Anteproyecto “Del Derecho de personas” del Código Civil de 1984 presentado por Carlos Fernández Sessarego se señala que “Se ha preferido emplear las

---

<sup>44</sup> ROSADO IGLESIAS, Gema, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, Departamento de Derecho Público del Estado, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 97.

<sup>45</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos, “La persona jurídica en el derecho peruano del siglo XIX”, en AA.VV., *Instituciones del Derecho Civil peruano*, Fundación M.J. Bustamante, Lima, 1996, T. I, pp. 544 y ss.

denominaciones 'personas individuales' y 'personas colectivas', en lugar de personas 'naturales o físicas' y personas 'jurídicas o morales', que tradicionalmente ha utilizado la doctrina y la legislación comparada, por considerar que aquéllas denotan mejor la realidad humana a la que ambas genéricamente se refieren, y por estimar también que ambas poseen el carácter de 'jurídicas', en cuanto pertenecen al ámbito del Derecho y actúan en él. En efecto, se estima que la 'persona colectiva' no es una mera formalidad jurídico-normativa, sino que está constituida fundamentalmente, por un conjunto de hombres que realizan, real y efectivamente, diversas acciones o conductas intersubjetivas destinadas a cumplir una finalidad de interés común. En todo caso y en última instancia, la expresión 'persona jurídica', en su más amplia y pertinente acepción, equivale a la de persona humana, y la relación jurídica es, siempre y necesariamente, relación entre seres humanos, cualquiera sea la función que desempeñen en el contexto social"<sup>46</sup>.

Finalmente en nuestro Código Civil vigente tampoco hay una definición de persona jurídica, pero en el artículo 76<sup>o</sup> se establece que la "existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del Código Civil o de las leyes respectivas; en el artículo 77<sup>o</sup> se establece el comienzo de la existencia de la misma con la inscripción registral y en el artículo 78<sup>o</sup> se consagra la autonomía patrimonial: "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".

Es de comentar que con fecha 1 de abril del 2006, se publicó en el diario oficial *El Peruano*, la separata especial sobre "Propuestas de Reforma del Código Civil", que respecto al artículo 78<sup>o</sup> del Código Civil vigente, mantiene el principio que la persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros y ninguno de éstos, ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquélla ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta. Sin embargo, introduce una innovación en el sentido que, cuando se realicen actos abusivos o fraudulentos utilizando a la persona jurídica, el juez tendrá la facultad de desestimar la autonomía patrimonial, esto es, que el juez podrá no

---

<sup>46</sup> *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, T. I, p. 323.

aplicar el beneficio de la limitación de responsabilidad, extendiendo la responsabilidad patrimonial a los miembros. Este es un aspecto que genera una gran reflexión y debate que trataremos en los últimos capítulos de este trabajo.

## 2. EXISTENCIA Y PERSONALIDAD JURÍDICA

Respecto a la constitución, existencia y personalidad jurídica de la persona jurídica existen algunas posiciones que de manera general presentamos:

1. *Sistema de libre constitución*, según el cual la personalidad jurídica nace con la celebración del acto jurídico.
2. *Sistema de concesión o privilegio*, por el cual la persona jurídica sólo alcanza la capacidad jurídica cuando el Estado le concede personalidad. Su antecedente es el *actroi*, cuando sólo había sociedades personalistas y eran los socios quienes respondían con su patrimonio personal. Como había grandes proyectos marítimos y los particulares no se arriesgaban, fueron los monarcas quienes crearon un acto gubernativo que se denominó *actroi*, siendo este un acto de concesión de personalidad con lo que el sistema de concesión nace legislativamente con el Código de Comercio francés de 1807.
3. *Sistema normativo*, según el cual la aprobación oficial es obligatoria siempre que se cumplan con los requisitos establecidos normativamente. Nace en Francia con la Ley del 24 de julio de 1867 y ha tenido una notable influencia en la mayoría de países del mundo hasta nuestros días<sup>47</sup>.

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

---

<sup>47</sup> ANGARITA GÓMEZ, Jorge, *Lecciones de Derecho Civil*, Temis, Bogotá, 1998, p. 89.

de Derecho, que es una individualidad distinta e independiente del miembro o miembros que la componen. La persona jurídica es una creación del hombre para moldear y dar una estructura a las diversas formas de organizaciones sociales, de tal modo que la entidad constituida asuma en forma unitaria derechos y obligaciones. La presencia de la persona jurídica no es un hecho imprevisto, su existencia ha sido explicada y justificada en diferentes épocas de la historia, cualquiera que sea la corriente doctrinal que se acoja “resulta manifiesto que, desde un punto de vista estrictamente positivo, las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas...”<sup>48</sup>.

Como ya ha sido señalado, en nuestro ordenamiento civil se establece que la existencia de la persona jurídica comienza a partir de su inscripción en el registro respectivo y es a partir de ese momento que se le reconoce personalidad jurídica. Sobre el particular, la jurisprudencia nacional ha establecido: “las personas jurídicas son sujetos ideales, cuya personalidad nace de instituciones jurídicas que permiten su creación de acuerdo a determinadas reglas, sea que tengan fines económicos o puramente civiles. Las personas jurídicas tienen un nombre o denominación social, se integran generalmente por una pluralidad de individuos, y se rigen por reglas internas, de acuerdo a las cuales se forma su voluntad. Junto a las personas físicas existen dichas personas jurídicas, que son entidades a las que el Derecho atribuye y reconoce una personalidad jurídica propia y en consecuencia, capacidad para actuar como sujetos de Derecho, esto es, capacidad para adquirir y poseer bienes de toda clase para contraer obligaciones y ejercitar acciones judiciales. (...) El artículo 6 de la Ley General de Sociedades, preceptúa que la sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta su extinción. Es decir, la personalidad jurídica que tienen dichos entes ideales (personas jurídicas), es la que determina su capacidad para actuar como sujetos de derecho y se le reconozca como tal hasta su extinción”<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> ANGARITA GÓMEZ, *Lecciones de Derecho Civil*, cit., p. 83.

<sup>49</sup> Casación N° 2821-2005-Lima. Lima, 02/05/06 publicado en el diario oficial *El Peruano* el 03/10/06, p. 17191.

La inscripción en el registro público permite que todos puedan tener acceso al contenido de la escritura pública de constitución y a las partidas donde constan las correspondientes inscripciones, la importancia de ello radica en la necesaria publicidad para conocimiento de todos y el efecto *erga omnes*, tal como está recogido en el artículo 2012º del Código Civil<sup>50</sup>. Pero aún cuando a priori podríamos señalar que si no hay inscripción no existe la sociedad anónima, esto no es así, tal vez no hay reconocimiento normativo, pero sin duda hay existencia real y con mayor razón si la Ley General de Sociedades ha previsto la sociedad irregular. La normatividad societaria no es sancionadora, por el contrario ante alguna omisión o vicio, permite la corrección, ratificación y confirmación para salvar un acto societario, todo ello por el principio de conservación societaria.

Por ejemplo, una sociedad para existir debe estar inscrita en el registro, sin embargo si carece de inscripción, los actos que realicen sus órganos no son nulos, sino que hay una solución legal. Los actos que se realicen en su nombre sólo serán validos una vez que se regularice la inscripción y sean ratificados por sus integrantes. La eficacia de dichos actos queda subordinada a la ratificación dentro de los tres meses de constituido el ente social. Es oportuno precisar que lo que está subordinado a la ratificación es la eficacia del acto respecto a la persona jurídica, esto es, la posibilidad de vincularla, mas no la eficacia del acto en sí. Si el acto no es ratificado no será oponible frente a la persona jurídica, pero sí producirá sus efectos frente a quien lo celebró en nombre de ésta.

Una sociedad no inscrita, que carece de personalidad jurídica es una sociedad irregular. Respecto a los efectos de los acuerdos entre los miembros o de los actos realizados por éstos, el sexto considerando de la Resolución N° 016-2003-SUNARP-TR-L, Lima 17/01/03 es bastante ilustrativo: “La primera cuestión a debatir es si una sociedad irregular puede seguir adoptando acuerdos que sean susceptibles de inscripción en el registro. La Ley General de Sociedades en sus artículos 423º a 432º regula el tema de las sociedades irregulares y de sus disposiciones se desprende que éstas sí pueden seguir actuando y adoptando acuerdos, pero con los efectos que precisa el artículo

---

<sup>50</sup> Código Civil, artículo 2012: “Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

424º, esto es, la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de quienes representen a la sociedad. Asimismo, del artículo 426º se deduce que las sociedades irregulares pueden regularizar la sociedad, lo que implicaría la adopción de acuerdos para su inscripción en el registro. Además, el artículo 430º ha introducido a la legislación una norma por la que a las sociedades irregulares se les puede atribuir para ciertos efectos una determinada forma societaria. El artículo 428º regula lo concerniente a las relaciones entre socios de la sociedad irregular y entre éstos y la sociedad, atribuyendo validez en ese sentido al Pacto Social, el Estatuto y los convenios entre los socios. El artículo 429º indica que la administración de la sociedad irregular corresponde a sus administradores y representantes designados en el Pacto Social o en el Estatuto o en los acuerdos entre los socios. De todo lo expuesto se puede concluir que, efectivamente, los acuerdos adoptados por una sociedad irregular pueden acceder al registro”.

En este sentido, quienes hubieran celebrado el acto son limitada y solidariamente responsables frente a terceros si la persona jurídica no se constituye o no ratifica el acto. Es de tener en cuenta que la ratificación no sólo requiere ser expresa sino que puede ser tácita, ya que si durante los tres meses posteriores a la inscripción de la persona jurídica, se comportara como si hubiera ratificado el acto, deberá entenderse que se ha hecho tácitamente. Así por ejemplo, si con anterioridad a la inscripción de una sociedad se alquila un local en su nombre y luego de la inscripción la sociedad comienza a hacer uso del mismo, y a pagar la renta, será irrelevante una ratificación expresa, pues ésta se habrá dado en forma tácita. El propio ordenamiento societario da respuestas a ciertos problemas que podrían generarse.

Finalmente cabe comentar que respecto a las personas jurídicas creadas por ley, el Tribunal Constitucional ha precisado que solo “mediante el Congreso o norma de igual jerarquía pueden crearse personas jurídicas. En tal caso, la personalidad jurídica deberá ser atribuida expresamente, siendo insuficiente que el ente<sup>51</sup> creado sólo ostente autonomía administrativa, económica, financiera o de otro tipo”.

---

<sup>51</sup> Criterio adoptado en la Resolución N° 065-20025-SUNARP/TR-T del 22-4-3005 (XIII Pleno, sesión ordinaria realizada el día 5 de setiembre de 2005. Publicado en el diario oficial *El Peruano*, 26/09/05).

### 3. ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

Al igual que el término persona es una categoría creada por el Derecho, así mismo la personalidad no es otra que la personalidad jurídica por el hecho de ser consecuencia del reconocimiento del ordenamiento jurídico. No hay más personalidad que la personalidad jurídica, la que “está vinculada con la existencia. Es indiferente la conciencia o voluntad del individuo”. Por ello un niño muy pequeño, irracional y un loco son también personas. Además, la falta de un órgano, una deformación, un defecto físico visible, tampoco influyen sobre el concepto. Aun una situación patológica que haga anormal las funciones fisiológicas fundamentales pero posibles. Basta la vida que provenga de mujer y, entonces, el nuevo ser penetra en el Derecho si, además, la puede conservar para respirar y alimentarse. La Ley ha consagrado la amplitud del concepto con la fórmula: “sin distinción de cualidades o accidentes”<sup>52</sup>. Precisamente en el artículo 6º de la Declaración Universal de los derechos Humanos se señala que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Atendiendo a lo señalado hay una teoría de los derechos de la personalidad, debiendo hacerse una precisión, como lo señala Castán, en el sentido que “estos derechos son distintos de la personalidad misma. Mientras que esta es la abstracta posibilidad de tener derechos y deberes jurídicos, los derechos de la personalidad son aquellas facultades concretas de que está investido todo aquel que tiene personalidad; y que se comprenden dentro de esta designación común todos los derechos atribuidos a la persona, sino aquellos que constituyen el núcleo fundamental de la personalidad”<sup>53</sup>.

A la “persona”, ya sea individual o colectiva, como categoría jurídica del Derecho se le reconoce una personalidad que es una jurídica, que sin duda es diferente a la personalidad natural que tiene todo hombre como ser humano.

Hecha la distinción entre personalidad y derechos de la personalidad, tenemos que hay diferentes denominaciones para estos últimos, tales como derechos sobre la propia persona, derechos originarios, derechos absolutos o

<sup>52</sup> CIFUENTES, Santos, “Personas de existencia visible”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1979, T. XXII, p. 215.

<sup>53</sup> GATTI, Hugo E., “Personalidad (Derechos de la)”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1979, T. XXII, pp. 121-122.

esenciales o fundamentales (por el hecho de preservar la dignidad) de la persona, derechos personalísimos, derechos individuales, derechos personales, o también los conocidos atributos de la personalidad, como preferimos denominarlos, ya que atributo es cada una de las propiedades de un ser o ente, su carácter y representación.

Los atributos de la persona natural que son compatibles a la persona jurídica son el nombre, domicilio, patrimonio, nacionalidad y capacidad.

### 3.1. Nombre

El nombre individualiza e identifica a la persona o sujeto en sociedad. Así, se trata de un derecho y a la vez de un deber, un derecho a tener una identidad que sea protegida, de una usurpación, por ejemplo, y un deber a ser individualizado del resto de sujetos en sociedad y ser por lo tanto identificado.

En general hemos venido usando el término “nombre” como atributo de la personalidad, sin embargo, en el caso específico de las organizaciones societarias reguladas en la Ley General de Sociedades se llama “razón social” o “denominación social”. En ambos casos se trata del nombre societario pero la diferencia está en la forma societaria que los usa, ya sea organización social a base de personas o de capitales. El nombre societario, por la necesaria identificación e individualización de la sociedad merece especial protección y así está prevista en el artículo 10º de la Ley General de Sociedades

Denominación social	Razón social
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sociedades de capitales</li> <li>• Se puede usar cualquier denominación (nombre de fantasía) y un nombre abreviado</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sociedad de personas</li> <li>• Nombre de los socios o de alguno de ellos</li> </ul>

Es oportuno establecer la distinción con el “nombre comercial”. La denominación social y razón social pertenecen al ámbito societario, mientras que el nombre comercial al ámbito marcario y está regulado en el Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial. Según el artículo 207º del

glosado Decreto Legislativo N° 823 éste es el “signo” que identifica a una persona natural o jurídica en el ejercicio de su actividad económica. La protección<sup>54</sup> del nombre comercial, a diferencia de lo que sucede con el nombre societario, no está sujeta al registro ya que se remite al uso del mismo en el comercio aunque es requisito que tal uso sea público y ostensible

La alusión a denominación social o razón social de manera indistinta sin reparar en el tipo o forma societaria es muy usual en la comunidad jurídica. Aun cuando no existe un efecto significativo y menos negativo, es conveniente referirnos a ellos con propiedad porque en la norma societaria está señalada la diferencia. La confusión con el nombre comercial sí puede ocasionarnos problemas, por lo que para diseñar una estrategia procesal o procedimental de protección se tendrá que tener en cuenta particularmente los dos ámbitos regulatorios y establecer cuál es el que corresponde.

### **3.2. Domicilio**

Este atributo se reconoce a base de un elemento objetivo que es la residencia habitual de la persona en un lugar, habiéndose suprimido el elemento subjetivo relativo al ánimo o intención. La residencia habitual es la regla general pero también es posible designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos, implicando ello exclusivamente el sometimiento a la competencia territorial correspondiente, siempre salvo pacto en contrario. Por otro lado, si la residencia habitual no se da y se trata de una persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares, se le considera domiciliada en cualquiera de ellos.

El domicilio, como atributo de la personalidad, es de suma importancia en el ámbito comercial, tanto en el caso de personas naturales como jurídicas, ya que fija el lugar en el que es exigible la obligación que se constituya. Un cambio

---

<sup>54</sup> Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial, Artículo 208º: “La protección consiste en usar o adoptar un nombre comercial idéntico o semejante a otro adoptado y usado por otra persona, siempre que exista riesgo de confusión o asociación y de usar o registrar un signo cuyo elemento distintivo principal esté formado por todo o parte esencial de un nombre comercial anteriormente adoptado o usado por otra persona, siempre que pueda producirse un riesgo de confusión o asociación”.

de domicilio, por el traslado de la residencia habitual a otro lugar, puede ser opuesta<sup>55</sup> por el acreedor si es que el deudor no le ha comunicado tal cambio.

El hecho de no contar con residencia habitual no libera del cumplimiento de una obligación, ya que la persona se considera domiciliada en el lugar donde se encuentre.

### 3.3. Capacidad

Presentamos a la capacidad como un atributo de la personalidad jurídica, aun cuando hay posiciones discrepantes. Al parecer esta no alcanzaría a la persona jurídica por cuanto la “capacidad” estaría referida solo a la persona natural, lo que significa que, en todo caso, se hablaría de capacidad de sus miembros y representantes. El debate gira en torno a la manifestación de voluntad, entonces la pregunta es: ¿tiene la persona jurídica aptitud de adquirir y ejercitar derechos subjetivos por su propia voluntad y a su vez puede esta contraer obligaciones? Para los que sostienen que la persona jurídica es una ficción sin duda ello no es posible, pero para otro sector de la doctrina, estas tienen voluntad propia, solo que ella es expresada a través de sus órganos, los que son medios físicos, corporales por los cuales la persona jurídica directamente y en nombre propio “quiere, acepta o se pronuncia”. Señalar lo contrario significaría admitir que hay dos voluntades, una del representante (persona natural) y la del representado (persona jurídica), en la que uno es el que actúa y el otro es a quien se le imputa la acción, lo que se sustenta en la teoría orgánica. Por ejemplo, Coviello<sup>56</sup> sostiene que la persona jurídica no actúa por sí misma sino por medio de un representante y por lo tanto carece de capacidad de ejercicio. Sin embargo, consideramos que en este caso se están uniformizando dos conceptos, el de capacidad y discernimiento, cuando son distintos. La capacidad es una categoría o aptitud legal impuesta por el

---

<sup>55</sup> Está relacionado a la figura de la oponibilidad que, como lo define COUTURE, viene a ser la condición jurídica o atributo inherente a un derecho, según el cual éste se puede hacer valer frente a terceros, es decir, frente a aquellas personas que no son parte del acto jurídico por el cual surgió el derecho, y a las cuales no se les generan ni derechos ni obligaciones. Por ejemplo, la oponibilidad, en el caso del cambio de domicilio, quiere decir que en tanto al acreedor no se le haya comunicado indubitablemente tal cambio él podrá exigir el cumplimiento en el domicilio señalado al momento en que se constituyó la obligación.

<sup>56</sup> COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, UTEHA, México, 1938, p. 228.

derecho, mientras que el discernimiento es una aptitud natural propia del ser humano.

Nuestra posición es que si la capacidad es la aptitud e idoneidad de la “persona” para ser titular de derechos y exigírsele el cumplimiento de sus obligaciones, entonces no puede haber duda que las personas jurídicas tienen capacidad de goce y ejercicio desde el momento en que inicia su existencia, siempre que, y por supuesto, los derechos sean compatibles con ella y con el fin para la cual se ha constituido. “Si la persona jurídica nace como respuesta a una necesidad social y real (que los hombres se agrupan para defender conjuntamente intereses comunes o lograr ciertos objetivos, creando organizaciones que participan por sí mismas, esto es, en su propio nombre, con independencia y separadamente de los individuos que la conforman (...), en el ámbito social, es, precisamente, el reconocimiento de esa actividad lo que determina que a efectos jurídicos el ordenamiento otorgue a dichas entidades capacidad para actuar (capacidad de obrar); capacidad que presupone previa atribución por analogía (...), de personalidad (es decir, de capacidad jurídica, entendida como aptitud genérica para ser centro de imputación de relaciones jurídicas)...”<sup>57</sup>.

### **3.4. Nacionalidad**

La nacionalidad es el vínculo o nexo jurídico y político entre un sujeto/persona y un Estado determinado. Existen diferentes posiciones en cuanto a este atributo. Para algunos la nacionalidad de la sociedad es la de los socios que la conforman; para otros es la sede social o domicilio de explotación y otro grupo considera que es la nacionalidad de quienes la dirigen 59. En nuestro ordenamiento jurídico hay una identificación de la sociedad nacional, distinta a la de la sociedad extranjera. Ferrara dice que “la nacionalidad no significa simplemente sujeción al imperio del Estado, sino pertenencia a un Estado y, por consiguiente, atribución de aquella plena y completa capacidad jurídica, para algunos, capacidad privilegiada, cual puede ser concedida a los

---

<sup>57</sup> ROSADO IGLESIAS, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 112, 113.

ciudadanos”<sup>58</sup>. A su vez, Collantes González<sup>59</sup> señala que toda persona normalmente está vinculada a un Estado mediante el nexo de la nacionalidad. La nacionalidad aparece como un vínculo entre las personas y los Estados<sup>60</sup>. Las sociedades mercantiles, como personas jurídicas, no escapan de este alcance y, en el marco del Derecho internacional, los Estados están facultados a proteger a sus nacionales de actos de terceros que sean considerados fuera de la legalidad<sup>61</sup>.

### 3.5. Patrimonio

A diferencia de los otros atributos de la personalidad y al igual que la capacidad, el atributo del patrimonio es uno del cual existen diferentes posiciones, respecto a si se trata de un atributo propiamente o no<sup>62</sup>. Lo que sucede es que se trata de un conjunto de derechos y obligaciones que posee la persona y como tiene valor pecuniario o monetario, éste escapa al prototipo y características que presentan los demás atributos. Nuestra opinión es que se trata de un atributo de la personalidad, desde que su asociación directa con la propiedad confiere a su titular el pleno dominio y disposición del mismo, ya sea como derechos reales o derechos personales, y ello se verifica en mayor grado en la autonomía patrimonial de las personas jurídicas respecto a las personas físicas que las integran.

---

<sup>58</sup> FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, cit., p. 710.

<sup>59</sup> COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis, “Protección diplomática, el nexo de la nacionalidad y figuras societarias”, en *Estudios de Derecho Societario. Libro Homenaje a Enrique Elías Laroza*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2005, pp. 177-178.

<sup>60</sup> Vid. PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 215 y ss.

<sup>61</sup> COLLANTES GONZÁLES, “Protección diplomática, el nexo de la nacionalidad y figuras societarias”, cit., pp. 177-178.

<sup>62</sup> “[Cualesquiera] de los derechos subjetivos, posiciones jurídicas, facultades prerrogativas, etc., que carezcan de contenido económico directo y concreto, deberían excluirse de la noción de patrimonio (...). Habría de resultar la exclusión absoluta de la noción de patrimonio de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, de los derechos de la personalidad, de la nacionalidad, de la vecindad, del domicilio, etc., en cuanto en sí mismos considerados son atributos de la persona que carecen de entidad económica concreta, aunque de ellos se deriven derechos subjetivos concretos y, en general, la propia capacidad patrimonial de la persona para llegar a ser titulares de los derechos subjetivos patrimoniales” (LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho civil I (Parte General y Derechos de la persona)*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, T. I, p. 430).

## 4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PERSONA JURÍDICA

Federico de Castro y Bravo, cuando se refiere a los elementos de la persona jurídica, especialmente a la de tipo asociación, señala como el substrato material: la pluralidad de personas como nota esencial, el patrimonio personal y la finalidad lícita. A su vez, señala que los elementos formales necesarios son el Estatuto y la publicidad<sup>63</sup>. Nosotros presentaremos como elementos materiales el personal, el patrimonio y el fin, y como elemento formal el Estatuto, sin considerar de manera independiente la publicidad porque interpretamos que ello es un imperativo legal que surge de la propia regulación estatutaria.

### 4.1. Elemento personal

La regla aplicable a las personas jurídicas de Derecho público o derecho privado es que deben constituirse y existir con uno o varios miembros, lo que lleva a afirmar que no sólo se trata de un elemento personal sino que debe haber pluralidad, pero como toda regla tiene una excepción es posible constituir una persona jurídica con un solo integrante como el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada<sup>64</sup> o en la Sociedad Unipersonal<sup>65</sup>, situación que se presenta en el Perú. Al respecto, se considera que esta excepción a la pluralidad de miembros se contrapone a la naturaleza contractual de la sociedad, exponiéndose que hubiera sido preferible pensar en un sistema de responsabilidad limitada para personas naturales, antes que quebrar el esquema de la voluntad plural de la persona jurídica. Sin embargo, para Rodrigo Uría no existe ningún quiebre o contradicción y señala que otros deben ser los criterios que deben aplicarse para reconocer a la persona jurídica, ya que entendida esta como un conjunto de personas, responde a un

<sup>63</sup> CASTRO Y BRAVO, Federico de, *La persona jurídica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 19.

<sup>64</sup> Regulada por el Decreto Ley N° 21621. Es una persona jurídica constituida por voluntad unipersonal/sólo un miembro. Por lo general, el patrimonio de esta empresa está constituido inicialmente por los bienes que aporta quien la constituye, y es determinado por el titular, pudiendo tratarse de bienes dinerarios (efectivo), bienes no dinerarios (muebles, enseres, máquinas, equipos, etc.), o bienes mixtos (efectivo y no dinerarios). Este patrimonio, si bien es constituido por su titular, no le pertenece más a él y tampoco este titular compromete su patrimonio personal.

<sup>65</sup> Cuando se trata del Estado como único miembro de una organización social.

concepto obsoleto. Agrega que la persona jurídica es una organización que realiza una actividad de producción de bienes o servicios, en la cual no es necesaria la pluralidad. Lo más importante en la sociedad anónima es que exista una actividad económica y un capital que se preserven, siendo indiferente el número de personas que la integren<sup>66</sup>. Sin duda, el contraste de posiciones puede ser objeto de un debate, pero en esta oportunidad no profundizaremos en ello, sin embargo, señalamos que la sociedad, por su función, debe ser consecuencia de un acuerdo de voluntades y no una voluntad individual.

Esta es la idea recogida en la teoría con respaldo mayoritaria y la que se conoce como la imputación de voluntad de la persona jurídica, la que se manifiesta a través de sus órganos.

#### **4.2. Patrimonio**

Ya lo hemos descrito como atributo de la personalidad pero ahora cobra mayor relevancia como elemento constitutivo del ente social, ya que éste es la base económica fundamental que le permite a la persona jurídica alcanzar sus objetivos y responder por sus obligaciones. Hay varias concepciones de "patrimonio"; por un lado se le define como la diferencia entre los activos y los pasivos o simplemente, en términos comunes, como lo que "se tiene". Entonces, se trata del conjunto de bienes, muebles o inmuebles, afectados a los fines de la persona jurídica. Está consagrado como principio universal que los bienes de la persona jurídica constituyen un patrimonio independiente, separado del patrimonio de cada uno de sus miembros o representantes de tal forma que los acreedores de un miembro comprometido/obligado a título personal no pueden ir contra la persona jurídica ni su patrimonio debido a la autonomía patrimonial. En el caso del estado de quiebra del integrante, éste no afecta el patrimonio de la persona jurídica, aunque no está demás señalar que el acreedor puede embargar las participaciones o acciones que éste posea en la entidad, pero ello no quiere decir que se encuentre afectando el patrimonio social, siempre se trata del patrimonio individual y particular del accionista.

---

<sup>66</sup> URÍA, Rodrigo (Entrevista a), "La nueva Ley General de Sociedades y el derecho de mercado", en *Thémis*, N° 37, Lima, 1998, pp. 7 y ss.

### 4.3. Fin

Utilizamos finalidad y fin indistintamente, aun cuando habría una sutil diferencia entre ambos. Podría decirse que fin es lo general y la finalidad es lo específico quedando como sinónimo de objetivo, sin embargo, no hay ningún efecto en tal distinción. Según Coviello<sup>67</sup>, para que un ente colectivo se constituya válidamente es necesario determinar el fin que los asociados o socios pretenden alcanzar. Agrega que el fin es el interés que se pretende satisfacer, debiendo ser lícito, posible y determinado. De otro modo, no podría ser amparado por el derecho, sin que sea necesario advertir su característica moral, religiosa, económica, científica, artística o comercial.

Por otra parte, en la persona jurídica, el “fin” es la meta que se busca a través del desarrollo de determinada actividad. Esta última se identifica con el “objeto”, que son las actividades que debe realizar la persona jurídica para alcanzar el fin propuesto.

En este estado es de importancia revisar lo que son fin lucrativo y fin no lucrativo, ya que existe una percepción errónea, respecto a la connotación de los mismos. Se pretende desconocer que toda persona jurídica, ya sea una asociación, fundación, comité, sociedad u otra clase, requiere de un patrimonio para llevar a cabo sus fines. Si el fin que persigue es por un período prolongado, entonces el ente social necesariamente, deberá generar ingresos para realizarlo. En el caso de una asociación que tiene por fin difundir la cultura jurídica organizando conferencias y publicando documentos, es lógico que obtenga una ganancia por los eventos y por los documentos y ponga precios que le permitan tener suficientes ingresos para seguir realizando sus tareas.

Así podemos decir que el perseguir un fin lucrativo no se da por la realización de actividades económicas en las cuales se genere excedentes, sino porque tales excedentes son para el reparto directo o indirecto entre los miembros de la persona jurídica. Entonces, el que una persona jurídica tenga un fin no lucrativo no depende de la actividad que realice, sino de la manera cómo sus miembros se relacionen con ella. Si en la realización de actividades

---

<sup>67</sup> COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, cit., p. 223.

se busca un beneficio propio a través del reparto de utilidades, entonces estamos ante un fin lucrativo, pero si de lo que se trata es de conseguir fondos para dedicarse a realizar un fin social, en cuyo caso será no lucrativa. De lo expuesto líneas arriba se deduce que lo que no podrá hacer la asociación, en este ejemplo, es repartir los excedentes generados por la venta de libros y realización de eventos académicos entre sus miembros, pero sí podrá destinarlos a continuar difundiendo la cultura jurídica.

#### **4.4. Estatuto**

El Estatuto es el conjunto de cláusulas o normas propias que determinan la estructura interna de la persona jurídica, que señalan sus fines y regulan sus relaciones con el mundo exterior. Esta regulación surge del propio ente organizador y comprende rubros como el tipo de persona jurídica, la denominación, la finalidad, el patrimonio, el régimen de los órganos, la disolución, la extinción, las facultades de los representantes, etc.

Al momento que se registra la persona jurídica se inicia su existencia y ésta desde ese momento se rige por su Estatuto, que como se ha indicado ha sido formado libremente por sus integrantes, sin otra limitación que la de no contravenir las leyes, el orden público y las buenas costumbres. El registro hace pública la existencia de la persona jurídica para todos los efectos de sus actos en el tráfico comercial.

Finalmente en relación al Estatuto, como reglamento que rige al ente social, consideramos que sus estipulaciones vendrían a tener la calidad de normas objetivas, desde el momento que el contrato es una fuente de Derecho, como ha sido reconocido por la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 047-2004-AI/TC, del 24/04/06 que establece como fuente del Derecho al contrato (la autonomía de la voluntad). El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 44 de esta sentencia, señala que: "La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistenciales de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular. El contrato, al expresar la autonomía de la voluntad como fuente de Derecho tiene su fundamento en las siguientes

disposiciones constitucionales. El inciso 14 del artículo 2º de la Constitución prescribe que toda persona tiene derecho: A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. A su turno, el artículo 62º de la Constitución establece que: ‘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’. Como puede inferirse, las disposiciones constitucionales citadas confirman la tesis de que el contrato también es una fuente de Derecho que tiene reconocimiento constitucional.” En la Casación N° 2288-2002-Tacna del 06/09/02, se señala respecto al segundo agravio, relacionado con la inaplicación de una norma estatutaria, desestimada, pues conforme lo establece el artículo 384º del Código Procesal Civil, el recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia; en consecuencia, no resulta atendible que por esta causal se denuncie la inaplicación de acuerdos que forman parte del Pacto Social de la empresa demandante y que, por tanto, obliga únicamente a sus otorgantes; agregándose por ello, que en el sustento de la causal mencionada, el fundamento guarda concordancia con los artículos 117º y 286º de la Ley General de Sociedades vigente, lo que resulta confuso y contradictorio, más aún si, respecto del artículo 117º del referido cuerpo normativo, ha denunciado su aplicación indebida, lo que denota carencia de claridad y precisión en el desarrollo del recurso impugnatorio”. Consideramos que la interpretación de la Sala Casatoria para declarar improcedente el recurso es restringida y causa indefensión.

## **5. EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA**

Como ya se ha señalado, la existencia regular y jurídica de la persona jurídica se inicia con la inscripción registral y la muerte de ella o su extinción se produce de igual forma. Dependiendo de la modalidad de la persona jurídica, la ley ha previsto las causales por las cuales se produce la extinción y también se puede establecer en el Estatuto de la misma, siendo el vencimiento del plazo que se fije al momento de la constitución una manera normal de extinción.

## 6. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA JURÍDICA

### 6.1. Derecho

Consideramos necesario al presentar este punto de desarrollo, a manera de introducción, evocar a Carlos Santiago Nino, quien hace una distinción entre “Derecho” con mayúscula y “derecho” con minúscula por haber una diferencia notoria. El “DERECHO” es el conjunto de derechos y obligaciones contenidos en un conjunto de normas que no es otra cosa que el ordenamiento o sistema jurídico o Derecho nacional, el mismo que no sólo contiene preceptos o normas sino la materialización de valores y principios tales como moral, justicia y equidad, que es lo que garantiza la convivencia en sociedad.

Por otro lado, el “derecho” por sí mismo no tiene un significado salvo que se considere como un sinónimo de legitimidad, pero en realidad el “derecho” está ligado a un Derecho objetivo determinado (derecho sustantivo) o uno subjetivo (facultades reconocidas a consecuencia de la norma sustantiva a la persona que le dan poder para actuar) porque es utilizado uniformemente en la doctrina tanto para designar la norma jurídica (objetivo) como la facultad (subjetivo) que la misma norma reconoce en favor del sujeto<sup>68</sup>. Los derechos humanos o derechos fundamentales son a la vez derechos objetivos y subjetivos. Como señala Carlos Mesía, “no son solo derechos subjetivos, sino también principios objetivos del orden constitucional. Al mismo tiempo que constituyen una potestad subjetiva que se reafirma frente al poder público para exigir garantías procesales y respeto (*agende licere*), los derechos fundamentales poseen también una significación objetiva que se materializa en directrices constitucionales y mandatos a los poderes públicos. Al ser consagrados en normas jurídicas, los derechos fundamentales se convierten en elementos indispensables para estructurar el Estado de Derecho”<sup>69</sup>.

### 6.2. Derechos humanos y Derechos fundamentales

<sup>68</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “El derecho subjetivo y la acción”, en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco, Lima, 1985, p. 527.

<sup>69</sup> MESÍA RAMÍREZ, Carlos, *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004, p. 31.

Cuando se habla de derechos “humanos”, por lo general hay una alusión directa a la persona física, al hombre, al ser humano, con lo cual parecería excluirse de su alcance y reconocimiento a las personas jurídicas, lo que no es acertado. Lo que sucede es que históricamente se parte del reconocimiento de derechos esenciales al hombre, destacándose que “los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos. Estos son los derechos morales inalienables e inherentes que, por el mero hecho de ser hombres, poseen todos los seres humanos. Estos derechos se articulan y formulan en lo que hoy día llamamos derechos humanos y se han plasmado en derechos legales, establecidos de conformidad con los procesos legislativos de las sociedades, tanto nacionales como internacionales. El fundamento de estos derechos legales es el consentimiento de los gobernados, es decir, el consentimiento de los sujetos de los derechos”<sup>70</sup>. A su vez tenemos que los derechos humanos han surgido como categoría universal en la época en la que se reivindican los derechos del hombre a las libertades civiles y políticas en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadanos en 1789. Luego, en los años 1917 y 1919 Querétaro, con las Constituciones de México y Alemania (más conocidas como de Weimar respectivamente), se consideraron como derechos del hombre los económicos, sociales y culturales. Es el 10 de diciembre de 1948 cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, con lo que se da inicio a su protección. Hemos señalado que no puede hablarse de exclusión de la persona jurídica ya que si bien como derecho humano podríamos entender incoherente que se haga la extensión, no ocurre lo mismo con el concepto de derechos fundamentales, que no son otra cosa que los derechos humanos recogidos en las Constituciones Políticas<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup>LEVIN, Leah, *Derechos Humanos: preguntas y respuestas*, 2ª ed., UNESCO, París, 1998, p. 19.

<sup>71</sup>“Los llamados derechos naturales, que el hombre posee por el simple hecho de ser hombre, solo lo son si se convierten en derechos jurídico-positivos y efectivamente vigentes en un ordenamiento. Esta positivización de los llamados derechos inherentes no puede llevarse a cabo de cualquier modo. Es necesario asignarles la categoría de fundamentales, lo que solo puede producirse en el texto de la Constitución. Sin su ubicación en el lugar cimero de las fuentes jurídicas, los derechos del hombre, por más inherentes o naturales que sean, no dejan de ser simples declaraciones, ideas, esperanzas o mera retórica política, pero no derecho protegido en virtud de reglas o principios de derecho constitucional positivo. La constitucionalización supone el reconocimiento de los derechos (...). Su incorporación en el texto escrito de la Carta permite comprenderlos, interpretarlos y aplicarlos como efectivas

Los derechos fundamentales<sup>72</sup> han sido sistematizados como derechos de *primera generación*, en el que se consideran los civiles y políticos como los derechos a la vida, igualdad ante la ley, libertad de opinión o al sufragio; derechos de *segunda generación* como los económicos, sociales y culturales como el derecho a la vivienda, la educación o el trabajo y, finalmente, los de *tercera generación* como los de solidaridad, derecho a la integración o al medio ambiente.

Específicamente, “la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”<sup>73</sup>.

Refiriéndonos directamente la Constitución política del Perú, es de relieve a que las garantías constitucionales, como su nombre mismo lo dice, no sólo protegen los derechos fundamentales, como debería ser, sino que también comprenden a todos los derechos constitucionales. Es el caso de la acción de amparo, prevista en el artículo 200; inciso 2, de la Constitución Política que establece la protección de toda amenaza o vulneración de los “demás derechos reconocidos por la Constitución” (con excepción de la libertad individual, el derecho de información y la reserva de derechos informáticos), con lo cual faculta a toda persona natural o jurídica, a interponer esta acción cuando considere amenazado o vulnerado un derecho fundamental o constitucional.

### **6.3. Derechos fundamentales de la persona jurídica**

---

normas jurídicas” (MESÍA RAMÍREZ, *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*, cit., pp. 21, 22).

<sup>72</sup>Muchas veces se confunde derechos fundamentales con derechos constitucionales. Todos los derechos fundamentales son derechos constitucionales pero no a la inversa. Ya se ha dicho que los derechos humanos o derechos del hombre adquieren la denominación de derechos fundamentales cuando son incorporados en las Normas Fundamentales. El resto de normas contenidas en una Constitución, obviamente, son constitucionales pero no alcanzan la categoría de fundamentales porque dependen mucho de cada Estado particularmente.

<sup>73</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, expediente 1417-2005-AA/TC, LIMA, 8 del julio de 2005.

La persona jurídica es un sujeto de Derecho y uno que tiene dignidad, ya que esta "dignidad la posee el hombre pero también ciertos grupos humanos poseen un valor más utilitario, más que instrumental para los fines del hombre - al menos para sus fines 'particulares' y no 'esenciales'-o lo que es lo mismo, tienen una dignidad, una condición de fin con respecto a los objetos, y en este sentido son igualmente sujetos de Derecho, es decir, personas"<sup>74</sup>. Reconocer a un sujeto derechos fundamentales lleva a hacerlo beneficiario de todas las facultades de ejercicio que tal derecho otorga (contenido material del derecho), a protegerlo, defenderlo ante una amenaza de vulneración y a contar con la tutela del Estado para tal defensa. Lo que existe son dos momentos: el primero es el ejercicio del derecho material (Derecho objetivo) y el segundo es el ejercicio de la defensa procesal, en el ámbito (derecho subjetivo).

No hay duda que en nuestro ordenamiento jurídico, la persona jurídica goza de garantía y protección de sus derechos fundamentales a través de las garantías constitucionales que están previstas también pR derechos no fundamentales. Lo que sí es aún objeto de debate si a las personas jurídicas se les reconoce derechos fundamentales. "En el mudable terreno de los problemas jurídicos actuales se presenta con singular importancia el relativo a la posible titularidad de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen por parte de las personas jurídicas. El planteamiento de esta cuestión no es, en absoluto, casual y a ello han contribuido, en nuestra opinión, una dualidad de factores: por una parte, las controversias que sigue suscitando la naturaleza de la persona jurídica (...) y, por otra parte, el hecho de que hasta hace relativamente poco tiempo no parecía discutible siquiera la pretensión de referir la titularidad de los derechos de la personalidad a otro sujeto que no fuese la persona humana"<sup>75</sup>.

Sin duda decir de plano que las personas jurídicas tienen derechos fundamentales genera una serie de posiciones adversas y ello por el paradigma del ser humano como único titular de estos derechos, sin embargo, no puede negarse que la nueva percepción y concepción es la del sujeto, ya no de manera aislada sino dentro de una organización social y política. Ahora

---

<sup>74</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 697.

<sup>75</sup> ROVIRA SUERIO, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, cit., p. 263.

al hombre se le reconocen derechos colectivos por su posición y su entorno social: derechos de asociación, de participación y derechos sociales, ya que es “evidente que la sociedad actual es muy diferente de la que vio nacer los derechos fundamentales. Aunque el proceso de evolución de aquéllos ha sido (es y, cabe aventurar, que seguirá siendo) un *continuum*, en los últimos años, la categoría de derechos fundamentales ha tenido que hacer frente a realidades radicalmente nuevas, inimaginables en siglos precedentes, capaces de afectar notablemente a los individuos, a sus derechos”<sup>76</sup>. Además, la “sociedad actual, aunque basada en el individuo, no puede sustraerse a la multiplicidad de relaciones que entre los mismos establecen, proteger a los grupos es proteger también a los individuos que los integran”<sup>77</sup>. Efectivamente, a partir de una interacción entre derechos y titulares es que se puede hablar de un replanteo de los titulares de derechos fundamentales, “en el que la globalización económica ha reforzado la posición de grupos empresariales y de las libertades económicas, equiparando incluso la capacidad de aquellos para ser titulares de ciertos derechos fundamentales con la de los individuos”<sup>78</sup>.

Que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no puede ser objetado, pero sí cabe hacer una precisión, a manera de aclaración, en el sentido que se tendrá que ver qué derechos son compatibles ya que evidentemente habrán unos que no los son. Rosado Iglesias dice que el reconocimiento de los derechos fundamentales viene mediatizado por la naturaleza del Derecho en concreto y por la de cada sujeto determinado, por lo tanto, se tendrá que tener en cuenta la especialidad de la persona jurídica y su naturaleza, para lo cual tienen capacidad para gozar de los derechos necesarios o convenientes para la realización de sus fines<sup>79</sup>. Agrega Rosado qué habrá que ver y evaluar las dimensiones de derechos y titulares para replantear cuáles son los derechos fundamentales de las personas jurídicas<sup>80</sup>,

---

<sup>76</sup> ROSADO IGLESIAS, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 28-29.

<sup>77</sup> ROSADO IGLESIAS, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 93.

<sup>78</sup> ROSADO IGLESIAS, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 25, 26.

<sup>79</sup> ROSADO IGLESIAS, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 167.

<sup>80</sup> ROSADO IGLESIAS, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 131-135.

siendo importante determinar qué es la titularidad de un derecho fundamental, que implica éste para el sujeto, cuál es el criterio de atribución, si es único o múltiple, si tal derecho es o debe estar definido normativamente o es inherente a la persona jurídica.

Que en una Constitución Política se defina o se determine que la persona jurídica es titular o no de derechos fundamentales no la excluye de su alcance, desde que la persona jurídica no es más que una agrupación de personas físicas. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en el sentido que “el Tribunal ha considerado que de la ausencia en nuestra Constitución de un precepto específico en la materia, no cabe concluir, de plano, con la negación de toda aptitud de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales. De forma distinta, nuestro Alto Tribunal considera que los derechos fundamentales pueden extenderse a las personas jurídicas según la naturaleza del derecho.(...), lo que vale decir que la persona jurídica puede ejercerlo, esto es, puede a estos efectos situarse en lugar de la persona física (criterio que excluiría, de principio, el derecho a la vida, la libertad personal, entre otros, (...)) pero que no plantea problemas si pensamos en el derecho a la tutela judicial efectiva, la legalidad sancionadora, o en otra ubicación y distinto nivel de protección constitucional, el derecho de propiedad o la libertad de empresa; y según los fines para los cuales ha sido constituida la persona jurídica”<sup>81</sup>.

En Constituciones como la alemana y la portuguesa expresamente hay un reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, veamos:

*a) Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, Artículo 19º, Restricción de los derechos fundamentales:*

“(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

---

<sup>81</sup> ROSADO IGLESIAS, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 134.

(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

(3) Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas.

(4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10º, apartado 2, segunda frase<sup>82</sup>.

#### b) Constitución de la República Portuguesa

En la primera parte relativa a los derechos y deberes fundamentales, Título I, Principios generales, Artículo 12º (Del principio de universalidad):

“1. Todos los ciudadanos gozan de los derechos y están sujetos a los deberes que se consignan en la Constitución.

2. Las personas jurídicas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes que sean compatibles con su naturaleza”.

En nuestra actual Constitución política no hay una mención expresa, dentro de los derechos fundamentales, a la persona jurídica, sin embargo, en la Constitución Política de 1979 se establecía en el artículo 3º que los derechos fundamentales alcanzaban a las personas jurídicas: “los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables”. Sobre este punto, Enrique Chirinos Soto señalaba que las personas jurídicas tienen derecho —como el derecho a la buena reputación, entre muchos otros— susceptibles de ser violados, y que la ley debe proteger. Es empero inconcebible que se haya limitado ese derecho a las personas jurídicas peruanas. Como si se autorizara la violación de los derechos de las personas jurídicas que no son peruanas. Resulta el colmo del nacionalismo chauvinista y de la xenofobia. ¿No se ha declarado antes el principio de

---

<sup>82</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, “Artículo 10 [*Secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones*].

(1) El secreto epistolar, así como el secreto postal y de telecomunicaciones, son inviolables.

(2) Las restricciones sólo podrán ser dispuestas en virtud de una ley. Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo”.

igualdad ante la ley, sin discriminación alguna? En este artículo, la Constitución se contradice”<sup>83</sup>.

Por su parte, Rubio Correa decía que esta norma se 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”<sup>84</sup>.

Felipe Osterling opina que si “bien dicho principio no ha sido recogido por la Constitución Política de 1993 en forma expresa, de ello no se desprende que el ordenamiento jurídico peruano vigente haya optado por la desprotección de la persona jurídica, respecto de sus derechos extrapatrimoniales. El silencio de la Carta Política que nos rige determina que cuando el artículo 2º hace referencia a los derechos de la persona, estos deben entenderse en sentido amplio del término, es decir, que también incorporan a las personas jurídicas”<sup>85</sup>. Efectivamente, nuestra Constitución Política establece en el artículo 1º que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado y, a continuación, en el artículo 2º se detallan una serie de derechos reconocidos a la persona. Es de precisar que en este segundo artículo constitucional no se hace mención a la persona humana, por lo que debemos entender persona en su sentido amplio, esto es, extensivo a la persona jurídica. Ello no resulta contradictorio con el enunciado en el primer artículo constitucional, ya que como Borda sostiene respecto a la persona jurídica, desterrando la teoría tradicional de la ficción<sup>86</sup>, no es la capacidad de

---

<sup>83</sup> CHIRINOS SOTO, Enrique, *La nueva Constitución al alcance de todos*, 3ª ed., AFA, Lima, 1984, pp. 46-47.

<sup>84</sup> RUBIO CORREA, Marcial, *Para conocer la Constitución peruana*, 2ª ed., Mesa Redonda Editores, Lima, 1988, p. 34.

<sup>85</sup> OSTERLING PARODI, Felipe, “El Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984. Análisis de la transición en responsabilidad por inejecución de obligaciones”, en ESPINOZA ESPINOZA, Juan (Dir.), *Responsabilidad civil: nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, Palestra, Lima, 2005, p. 16.

<sup>86</sup> Federico von SAVIGNY es el máximo expositor de la Teoría de la Ficción de la persona jurídica. Considera que la persona humana es la única que puede ser sujeto de derechos y

adquirir derechos y contraer obligaciones lo que determina su existencia, sino que el ser persona hace que el Derecho le reconozca a ese ente capacidad de adquirir derechos y obligarse; y afirma, que no estamos frente a creaciones arbitrarias o entidades ficticias, sino que nos encontramos frente a realidades humanas que el legislador no puede desconocer y que ellas son el recurso técnico que las habilita para desarrollarse y prosperar, pero siempre teniendo en cuenta que el destinatario final es el hombre<sup>87</sup>.

En el mundo empresarial, en el campo de las finanzas y los negocios, cobra más relevancia que la persona física el ente social, ya que este último cobra vida en el mercado y en el tráfico comercial. Y, así ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional<sup>88</sup> que “resolviendo una acción de amparo mediante sentencia del 14 de agosto del 2002 declaró procedente el pedido de la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la empresa Comunicación y Servicios S.R.L. y otros, para que se abstengan de difundir noticias inexactas por afectar los derechos de la banca a la garantía del ahorro, a la libre contratación y a la estabilidad de los trabajadores de la citada entidad financiera. En esta sentencia se estableció que las personas jurídicas podían ser titulares de algunos derechos fundamentales en determinadas circunstancias (art. 2º inciso 17 de la Constitución Política de 1993). “En tal sentido, de acuerdo al Tribunal Constitucional, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se integran con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, para actuar en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estas últimas se extienden sobre las personas jurídicas”<sup>89</sup>.

Acto seguido al tema de los derechos fundamentales de la persona jurídica, tenemos el del daño moral que se le pueda causar y la reparación del mismo, lo que sí es un debate nada pacífico, incluso hay posiciones que ni siquiera admiten que pueda ser objeto de debate. El Código Civil de 1984 incorpora el daño moral por inejecución de obligaciones y en el artículo 1322º

---

obligaciones y que la ley lo único que hace es reconocerle la personalidad mientras que en el caso de la persona jurídica el Derecho la tiene como si fuera persona pero es un ser artificial.

<sup>87</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 11ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, T. I, p. 524.

<sup>88</sup> Se puede leer el texto completo de la sentencia en el Anexo N° 1.

<sup>89</sup> OSTERLING PARODI, “El Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984. Análisis de la transición en responsabilidad por inejecución de obligaciones”, cit., p. 16.

establece que “el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”. Cuando se trata de personas naturales sin duda no hay problema, por la generalizada y casi unívoca concepción que el daño moral sólo puede causarse a los seres humanos, sin embargo, el daño moral “se puede irrogar no solo a personas naturales, sino también a personas jurídicas, según lo ha establecido una sentencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, rápidamente surgen opiniones divergentes cuando se trata de precisar si las personas jurídicas también puede ser indemnizadas por este concepto”<sup>90</sup>. Precisa el maestro Osterling que, en cuanto a la naturaleza de la reparación por esta clase de daños, “es verdad que resulta poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter moral. Sin embargo, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestren su existencia. Es mejor, en efecto, buscar una reparación imperfecta, en este caso la entrega de una suma de dinero para reparar un daño no patrimonial, a dejar sin protección el derecho vulnerado”<sup>91</sup>.

Consideramos que sí procede reparar el daño no patrimonial a la persona jurídica cuando haya sido perjudicada directamente a consecuencia de un hecho y ello es evidente, ya que todo acto o hecho contrario a la ley no deja de dañar gravemente a toda entidad al margen de la esfera económica, ya sea en su buena reputación, prestigio, en el crédito y en la confianza del público, lo que se equipara al honor del hombre. Además, otro caso calificado como un típico de vulneración de derechos fundamentales, que daría origen a una reparación de daño extrapatrimonial, es la violación de la privacidad o reserva, que implica la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona que causaren o pudieren causar daño moral a ella o a su familia, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias y otros escritos personales de carácter íntimo. Ello es extensivo a la persona jurídica, la que goza de tutela cuando se divulgan o revelan datos reservados sin el consentimiento o autorización respectiva o cuando se dan a conocer datos erróneos, desactualizados o incompletos que presten a confusión y generen un daño. Respecto a este tema haremos una mayor reflexión cuando tratemos los

---

<sup>90</sup> OSTERLING PARODI, “El Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984. Análisis de la transición en responsabilidad por inejecución de obligaciones”, cit., pp. 14-15.

<sup>91</sup> OSTERLING PARODI, “El Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984. Análisis de la transición en responsabilidad por inejecución de obligaciones”, cit., p. 16.

derechos fundamentales de la sociedad anónima y el daño extrapatrimonial a la misma.

## Capítulo Tercero

### LA SOCIEDAD ANÓNIMA

“La asociación de personas brinda la posibilidad de desarrollar emprendimientos que al hombre en forma individual no sólo le serían sumamente dificultosos, sino prácticamente imposibles y, por otro, si sumamos a esta posibilidad la necesidad de contar con capitales de riesgo, resulta la persona jurídica de una existencia prácticamente imprescindible en la vida moderna. Y dentro de la persona jurídica, la sociedad anónima es quien la representa por antonomasia”.

Guillermo Borda<sup>92</sup>

#### 1. *IUS MERCATORUM*

La historia o el origen de la sociedad anónima está, a su vez, en el origen y desarrollo del Derecho Mercantil o *ius mercatorum*<sup>93</sup> a partir de la Edad Media<sup>94</sup> y, específicamente, en el siglo XII. “Se trata en su comienzo, del *ius mercatorum*, que no es tal sólo porque regula la actividad de los mercadores, sino también, y especialmente, porque es derecho creado por los mercadores, derecho que nace de los estatutos de las corporaciones mercantiles, de la costumbre mercantil, y de la jurisprudencia de la curia de los comerciantes”<sup>95</sup>. Así, lo que debe resaltarse es que este Derecho nace de la comunidad mercantil sin injerencia política gubernativa, aun cuando después pase a ser Derecho estatal. Francesco Galgano, quien desarrolla la historia general del mercantil, nos dice que solo puede hablarse de Derecho Mercantil desde que se cuenta con un conjunto de normas que regulan particular y exclusivamente a la actividad comercial. Por tanto, y no obstante reconocer que en el Imperio

---

<sup>92</sup> BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, cit., T. I, p. 11.

<sup>93</sup> “La expresión *ius mercatorum* pertenece al lenguaje jurídico culto; lo usaban prevalentemente glosadores como Bartola [de Sassoferrato] y Baldo [de Ubaldi]. La expresión posee un significado especial: antes que referirse a una parte del derecho, significa un modo particular de crear derecho, significa un modo particular de crear derecho. Se llama *ius mercatorum* porque está creado por la clase mercantil, y no porque regula la actividad de los mercadores” (GALGANO, Francesco, *Historia del Derecho Mercantil*, versión española de Joaquín Bisbal, Laia, Barcelona, 1981, p. 49).

<sup>94</sup> La relación directa es con la crisis del sistema feudal. Hay una ineficacia de la política y economía señorial y baja productividad en el trabajo servil lo que llevó a su deserción.

<sup>95</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 11.

Romano hubo actividad comercial próspera<sup>96</sup>, ello no quiere decir que hubo un Derecho Mercantil en la Antigüedad.

Este Derecho diferenciado, como lo denomina Galgano, surge en una sociedad de intercambios limitados, como es la sociedad feudal que se encontraba dominado por la economía señorial<sup>97</sup>. En este contexto estamos ante la asunción de la burguesía con espíritu de empresa y de negocio.

Aun en una economía señorial en decadencia, a los primeros que se identifica son a los mercaderes ambulantes, quienes van creando nuevas rutas comerciales e intercambiando sus productos revendiéndolos para obtener ganancias.

Luego este mercader ambulante dejará de serlo para establecerse en una ciudad. “Es la generación que será la artífice de un nuevo modo de producción basado en una nueva forma de comunidad política”<sup>98</sup> y las ciudades en las que se establecen éstos, son sociedades urbanas basadas ya en organizaciones comunales<sup>99</sup>. El Municipio<sup>100</sup> adquiere relevancia ya que se convierte en un instrumento, incluso con fuerza coercitiva, de control político del mercado de producción. Los estatutos municipales llegan a reconocer y garantizar, a la clase mercantil, los monopolios sobre la producción local. Hay una marcada distinción entre el productor, las materias primas y el consumidor, distinción que es fuente de la utilidad comercial.

---

<sup>96</sup> La actividad comercial, así como la artesanal, estaban sometidas al latifundio o la propiedad del feudo y por tanto no puede considerarse que había una clase comercial.

<sup>97</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 32.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>99</sup> GALGANO, citando a CIPOLLA, dice que: “El artesano no producía normalmente para el almacén. Dadas sus limitadas disponibilidades financieras no podía asumir los riesgos ligados con tal producción. El artesano trabajaba normalmente por encargo. Quien le pasaba los encargos era ‘el comerciante’, el cual a menudo anticipaba al artesano el capital circulante necesario (materias primas) y a veces le daba para su uso también capital fijo (por ejemplo, telares). Los artesanos, a quienes estaba confiada la producción, hallaban, por tanto, una dimensión económica en el comerciante que transmitía el encargo, proporcionaba si era preciso la materia prima, se ocupaba de colocar los productos, desarrollaba los mercados, determinaba el tipo de producto y con frecuencia ejercía un control técnico de la actividad del trabajador. El artesano acababa así la mayoría de las veces por asumir la figura de un trabajador a domicilio. El comerciante producía. Las mansiones de Venecia y de Florencia muestran claramente este hecho con la presencia en sus estructuras arquitectónicas de amplios locales destinados únicamente a albergar reservas de materias primas y de productos acabados” (CIPOLLA, C. M., *Historia económica de la Europa pre-industrial*, 2ª ed., trad. del italiano de Esther Benítez, Revista de Occidente, Madrid, 1979, p. 129).

<sup>100</sup> Es una época en la que el poder municipal y de la clase mercantil se haya bajo la autoridad de la Iglesia.

El Derecho de la clase mercantil lo dan las corporaciones, que son a las que se les garantiza los monopolios. Citando a Luzzato, Galgano refiere que “los artesanos de la ciudad, así como los agricultores del entorno, tienen prohibido vender sus productos a los forasteros y, en el mercado local, aquellos sólo pueden vender al detalle, quedando reservado el comercio al por mayor a los miembros de las corporaciones mercantiles”<sup>101</sup>.

Así las corporaciones adquieren poder y establecen estatutos, reglamentos y normas que los vinculan (Vivante denomina a esta vinculación un *privilegium mercaturae* por el ejercicio del poder mercantil) a ellos, a los artesanos y a los terceros. “La corporación crea, en su propio seno, jurisdicciones mercantiles, desarrolladas por jueces-comerciantes, que además de ser competentes en las controversias entre comerciantes, conocen las causas entre comerciantes y no comerciantes”<sup>102</sup> y es por ello que inicialmente se ha dicho que el Derecho Mercantil o *ius mercatorum*<sup>103</sup> es creado directamente por la clase mercantil.

Con este Derecho diferenciado y particular se dejan de lado las solemnidades y prima la voluntad del disponente de la propiedad. Así surge lo que hoy conocemos como “la libertad de forma”. La compraventa se convierte en el contrato mercantil por excelencia, el pago de las obligaciones debe hacerse en dinero, el incumplimiento de las obligaciones conlleva al pago de intereses y el lucro cesante, el bien jurídico protegido no es la propiedad en general sino el comerciante, y entre otros más, aparecen la actividad bancaria y los banqueros. Este *ius mercatorum* que surgió por voluntad de una clase comercial, en una ciudad urbana, y poco a poco comenzó a expandirse y a adquirir un carácter de uniformidad en toda Europa.

---

<sup>101</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 43.

<sup>102</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 47.

<sup>103</sup> “Las fuentes del *ius mercatorum* eran los estatutos de las corporaciones mercantiles, la costumbre mercantil y la jurisprudencia de la ‘curia’ de los comerciantes. En los estatutos confluían varios materiales normativos: el juramento de los comerciantes, elegidos cónsules de la corporación, que contenía el programa de su mandato, las deliberaciones del consejo formado por comerciantes ancianos y de la asamblea general de comerciantes, y también los principios consolidados por la costumbre y la jurisprudencia; al mismo tiempo una magistratura de comerciantes, llamados estatutarios, se ocupaba de la compilación de los estatutos y de su puesta al día. La costumbre nacía de la constante práctica contractual de los comerciantes: la modalidad contractual, que consideraban ventajosa, se convertía en derecho; las cláusulas contractuales se transformaban, una vez generalizadas, en el contenido legal del contrato. Por último, los comerciantes, designados por la corporación, componían los tribunales que decidían las controversias comerciales” (GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pp. 48-49).

## 2. ORIGEN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

En el entorno de la actividad mercantil, la *societas* romana no resultaba una forma adecuada para los fines del comercio y por ello es que surge un nuevo modelo societario: la sociedad colectiva. “El nombre que los estatutos le dieron fue de ‘compañía’; los juristas de la época se referían a ella al tratar la hipótesis en la que *pluses mercatores unam mercantiam gerunt vel unam negotiatio* (...) y la llamaban *societas mercatorum*. El *ius mercatorum* se aplicaba a esta relación, en vez, del Derecho romano, porque el vínculo social unía a varios comerciantes que ejercían la misma empresa”<sup>104</sup>.

En este nuevo tipo o forma societaria ya se advierten como características la responsabilidad y no sólo eso, la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios por las obligaciones contraídas. Basta que se actuara en nombre de la empresa para que ésta quedara obligada aún sin el consentimiento o conocimiento de todos los socios. Al parecer estas medidas o reglas eran perjudiciales para los socios, sin embargo, no debemos olvidar que el bien jurídico protegido por el *ius mercatorum* era el comerciante, entendido como clase comercial, por lo tanto, si para mantener ese poder y esa clase era necesario sacrificar algún interés individual de un comerciante, tenía que hacerse. Ello incrementaba el crédito, entendido como credibilidad, de la clase comercial.

Ante el gobierno de las monarquías, se produce una transformación del *ius mercatorum*. De ser un Derecho de clase pasa a ser un Derecho estatal. “La clase mercantil ya no dirige el desarrollo económico; lo hace la monarquía absoluta según las doctrinas mercantilistas. Pero, en la medida que la política mercantilista de los Estados significa el máximo desarrollo del tráfico económico, su éxito es también la consolidación de la fortuna de la clase mercantil”<sup>105</sup>.

Sin embargo y ante la necesidad de hacer más fuerte el comercio y expandirse, por las utilidades que reportaba a la monarquía, en Francia se dio la “*Ordennance du Commerce*” —Ordenanzas sobre el Comercio— en 1673. La actividad comercial podía ejercerse con autorización del soberano rey, previa

---

<sup>104</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 59.

<sup>105</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 69.

inscripción en un registro de corporaciones, se impone la solemnidad en los contratos o, en su defecto, su inscripción en un registro y la bancarrota fraudulenta se castiga con la muerte. Incluso la omisión de llevar registros contables, que se convierte en una obligación, puede ser entendida con una bancarrota fraudulenta.

Estamos ante la intervención general del Estado monárquico que se erige como un Estado mercantilista, sin embargo, el carácter que han adquirido los comerciantes es de “fisiócratas” por lo que la “burguesía se propone, entonces, un desarrollo autónomo de clase (...) Con este fin elaborará toda su cultura en el siglo XVIII: la doctrina fisiócrata, con su intento de situar a la economía en el reino inviolable de la necesidad natural; el liberalismo naciente, que con carácter general se basa en una concepción de la libertad del hombre como ‘libertad frente al Estado’ porque es Derecho ‘creado por el pueblo’ según la ‘naturaleza del hombre’; etc. Todo ello constituye el esquema ideológico que permitirá ser a la clase burguesa artífice, nuevamente, de su fortuna”<sup>106</sup>.

### **3. ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

Frente a la sociedad romana el nuevo modelo societario fue la sociedad colectiva a la que se denominó “compañía”. Resulta que ante los intereses antagónicos entre la monarquía mercantilista y la burguesía como clase autónoma emergente, se dan alianzas de colaboración, destacando las Compañías de Indias. “Durante los siglos XVII Y XVIII, el fenómeno se presenta con caracteres de excepcionalidad; se circunscribe a las compañías coloniales cada vez que se constituyen, primero en Holanda y luego en Inglaterra y en Francia, con la finalidad de explotar las riquezas económicas de las tierras de Oriente y del Nuevo Mundo”<sup>107</sup>. A este fenómeno se le identifica como las grandes empresas. “Estas son las primeras grandes empresas de la era moderna, los arquetipos de la forma jurídica general de la empresa capitalista que establecen las codificaciones del siglo XIX: la sociedad por acciones o anónima”<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 74.

<sup>107</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 76.

<sup>108</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 75.

Los rasgos característicos de la sociedad anónima son: la responsabilidad limitada de sus miembros<sup>109</sup>, la división del capital en títulos que incorporan la calidad de socio, es decir la acción como un título de fácil transmisibilidad y que produce una renta.

En cuanto al primero: la responsabilidad limitada, si bien ya era conocida en la sociedad comanditaria, este privilegio era reconocido sólo a los socios comanditarios, mientras que los socios que se dedicaban a la dirección de la empresa social (clase empresarial), asumían responsabilidad ilimitada. “El hecho nuevo que se presenta con la sociedad anónima es la llegada de un tipo de sociedad en la que todos los socios, y no solamente una parte de ellos, asumen responsabilidad limitada: el hecho nuevo consiste, en términos económicos-sociales, en la obtención del beneficio de la responsabilidad limitada por parte de la clase empresarial”<sup>110</sup>.

En cuanto a la división del capital social en acciones, se trataba de un incentivo reconocido, más que a la clase empresarial, para las demás clases que poseían la riqueza. “La cualidad de socio es incorporada a un título, la acción, que es libremente transmisible y del que se puede fácilmente obtener el contravalor en dinero”<sup>111</sup>. Estas acciones se convirtieron en un valor de cambio por ser una riqueza mobiliaria más privilegiada que las demás existentes, por el hecho de poder obtener una utilidad y además por su carácter de fácil transmisibilidad. Respecto a la clase empresarial el accionariado se convierte en el medio por excelencia que le permite movilizar capitales e inversiones. No se trata de “capital de riesgo”; si la empresa quiebra, y el capital de la sociedad se pierde, no se debe nada a los accionistas, los cuales corren, siendo socios, los riesgos de la empresa social; no es necesario retribuir a los accionistas, como se debe pagar a banqueros o a otros financieros, intereses de una cuantía predeterminada y con vencimientos rígidos, ya que la cuantía de los dividendos correspondientes a las acciones y la periodicidad de su reparto

---

<sup>109</sup> BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 2002.

<sup>110</sup> GALGANO, *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad Anónima, Estado y clases sociales*, cit., p. 92.

<sup>111</sup> GALGANO, *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad Anónima, Estado y clases sociales*, cit., p. 94.

dependen de la marcha de la gestión social”<sup>112</sup>. A este cambio que se introdujo como sociedad anónima se llamó posteriormente “socialización” del capital<sup>113</sup> por los efectos de los aportes de los comerciantes, sin embargo ello no significó una “socialización del poder económico” y de alguna manera la emergente Compañía de las Indias Holandesa asume un carácter prácticamente oligárquico. Esto quiere decir que los administradores actuaron arbitrariamente en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones, respecto de aquellos de los cuales habían recibido aportes. Luego vendrá una confrontación entre este modelo y el modelo inglés, considerado democrático.

Y así es de resaltar que en virtud de todo lo reseñado “operó, de manera no menos decisiva, el privilegio de la responsabilidad limitada, el cual indica un punto crucial en la historia jurídica del capitalismo (...). La nueva clase mercantil exige ahora, por el contrario, privilegios. Comienza una nueva fase en la historia del capitalismo, cuyos caracteres perduran aún hoy, en la cual la clase empresarial exigirá condiciones de favor, de inmunidad frente al Derecho común, entendidas como ‘incentivos’ a la actividad productiva”<sup>114</sup>.

Ya en este contexto, no estamos ante la original *ius mercatorum* sino ante un Derecho Mercantil estatal, esto es, el Derecho escrito dado por el Estado o mejor dicho por el órgano legislativo. En 1807, el francés Maret tiene a su cargo la ponencia del proyecto del ‘Code de Commerce’. El Código Civil y el Código de Comercio francés coexisten para el Derecho privado. “El Código de Comercio francés definía los actos de comercio con una intención doble: en primer lugar, para atribuir, a quien los cumpliera como “profesión” habitual, la condición de ‘comerciante’ (art. 1) que era la condición necesaria para aplicar sobre él las normas relativas a la llevanza de los libros de comercio y a la quiebra en caso de insolvencia —donde se perpetuaba, aunque de modo atenuado, el rigor con

---

<sup>112</sup> GALGANO, *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad Anónima, Estado y clases sociales*, cit., pp. 94, 95.

<sup>113</sup> “[E]l capital de esta compañía de las Indias es de seis mil millones setecientos mil florines de Flandes, equivalente cada uno a cincuenta sueldos. En ella están interesadas personas de toda cualidad, habiendo comerciantes, tanto del país como extranjeros, caballeros ingleses y franceses, diciéndose incluso que, el propio Rey de Francia se halla interesado. Estando constituida ya, es posible que quienquiera que lo desee forme parte de ella aportando, en el plazo de seis meses, la cantidad que más le plazca. Hay además en estas tierras muchos que son servidores o sirvientes de las casas que han querido tener una porción, ora de treinta ora de cincuenta florines más o menos, según la medida de sus pobres fortunas” (GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 140).

<sup>114</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 78.

el cual la *Ordennance* había ‘asegurado entre los comerciantes la buena fe contra el fraude’; por otro lado servía para reservar la jurisdicción sobre los actos de comercio, y a estos efectos era indiferente que fueran realizados o no por los comerciantes (art. 631<sup>o</sup>,3)— a los tribunales mercantiles integrados todavía por comerciantes (arts. 615<sup>o</sup> y ss.). Empero, los tribunales mercantiles debían aplicar, en la mayoría de los casos, el Código Civil, salvo en aquellas materias reguladas exclusivamente en el Código de Comercio (títulos de crédito, comisión, seguros marítimos)”<sup>115</sup>. Con un sistema normativo estatal, una sociedad anónima, para ser tal debía ser autorizada por el Estado, esto es, que debía ser aprobada su constitución.

Se llega a dar una identificación de la sociedad anónima con la “democracia económica” cambiando el rumbo del excesivo control social de la política de la empresa por parte de los administradores. La falta de consulta e información a los aportantes y la extrema reserva en las decisiones, hacia un modelo público y se sujeta al voto de la asamblea, es un balance “consuntivo”, es decir, información de la gestión realizada sin referencia a las futuras orientaciones de la empresa que serán establecidas discrecionalmente, por el capital de control y sobre las cuales responderán los administradores al finalizar el siguiente ejercicio. Los beneficios que no se distribuyen entre los accionistas, se remiten al próximo ejercicio, como autofinanciamiento de la empresa”<sup>116</sup>. Además, acorde con la democracia económica, la “estructura interna de la sociedad anónima debe transformarse de modo coherente en relación a las exigencias de un diálogo democrático entre las instancias de las decisiones económicas y las de las decisiones políticas. La verdadera reforma sólo puede efectuarse de este modo, es decir, con la efectiva adecuación de las estructuras institucionales a la realidad de las relaciones sociales”<sup>117</sup>.

#### **4. PERSONA JURÍDICA TÍPICA**

La sociedad anónima es considerada desde su aparición como una forma jurídica de la gran empresa, “es la forma jurídica típica de la empresa capitalista

---

<sup>115</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 101.

<sup>116</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 159.

<sup>117</sup> GALGANO, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 164.

moderna, prototipo a su vez de otras formas menores como la sociedad comanditaria por acciones y de responsabilidad limitada. Como 'institución' de la economía capitalista, la sociedad anónima presenta, históricamente, un carácter que la distingue de los más antiguos, y todavía vigentes, tipos de empresa, como la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria simple. Estas fueron, en el bajo medievo, creación directa de la naciente clase capitalista, producto de los estatutos de corporaciones de los mercaderes; los códigos modernos se han limitado a una obra de simple recepción totalmente formal, desde que los actuales, caracteres normativos de estos tipos de sociedad reproducen, sin variaciones sustanciales, sus caracteres originarios"<sup>118</sup>.

Llega a considerarse a la sociedad anónima como la persona jurídica típica ya que guarda mayor semejanza con la persona física: tiene un nombre, una nacionalidad, un patrimonio personal y atributos de la personalidad. De otro lado, la calificación de persona jurídica de esta clase de sociedad justifica el mantenimiento del privilegio de la responsabilidad limitada de los socios, una vez que se produce su paso al campo del Derecho privado, quedando a salvo el principio de igualdad a los ciudadanos.

La sociedad anónima, persona jurídica, y por lo tanto sujeto de Derecho, posee un patrimonio propio, distinto al de sus socios, sometido al principio de responsabilidad patrimonial universal frente a sus deudores. Lo interesante en la sociedad anónima es que hace cambiar la fundamentación general de las personas jurídicas ya que lo esencial no será el "interés público y permanente" sino la tenencia de un patrimonio, la "autonomía patrimonial". Así se alcanza una separación completa entre el ente social y los miembros que lo componen. A partir de ello es que se habla del "hermetismo" de la persona jurídica. La persona jurídica como creación del Derecho objetivo sólo requiere el reconocimiento del Estado, de allí la importancia del acto constitutivo o fundacional. A todo lo señalado hay que agregar que como sociedad de capitales se le reconoce una primacía al elemento económico sobre el elemento humano y el interés personal de asociarse con determinada persona por sus atributos individuales, lo que no quiere decir que el elemento personal esté excluido, es sólo que pasa a ocupar un segundo lugar.

---

<sup>118</sup> GALGANO, *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad Anónima, Estado y clases sociales*, cit., p. 91.

Tampoco es correcto señalar de manera absoluta que en la sociedad de capitales no existe la *affectio societatis*, porque ésta, que quiere decir “voluntad de formar sociedad”, configura el elemento subjetivo del contrato de sociedad como “elemento moral y psicológico de significado lato, que en forma general indicaba un lazo de fraternidad entre los socios. Así mismo un sentimiento de estimación y afecto que se consideraba indispensable para que en la sociedad existiera una actividad armónica, de modo que no se relajase en ningún momento el vínculo contractual de carácter igualitario”<sup>119</sup>. Es en nuestro entender por este elemento subjetivo que, en cualquier sociedad, aún en la de capitales, son de gran importancia para su existencia, desarrollo y funcionalidad valores como buena fe, confianza, veracidad y lealtad, entre otros.

## 5. EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

La sociedad anónima es una sociedad de naturaleza mercantil cuyo capital está integrado por las aportaciones de los socios, es decir, está dividido en acciones que son transmisibles porque atribuyen a su titular la condición de accionista y por el cual disfrutan del beneficio de la responsabilidad limitada frente a la sociedad y no responden con su patrimonio personal por las deudas sociales.

La sociedad anónima es la que existe bajo un nombre social y se compone exclusivamente de accionistas. La responsabilidad de los accionistas, es una responsabilidad por el aporte, es decir, limitada al aporte dado por cada accionista, respecto a la sociedad. En relación a los terceros, el único responsable de las obligaciones sociales es la sociedad. La denominación se formará libremente, pero será distinta de la de cualquiera otra sociedad y al emplearse irá siempre seguida de las palabras “Sociedad Anónima” o de su abreviatura “S.A.”.

“El concepto de sociedad está ligado al de asociación: mejor se diría que deriva de éste. La sociedad es, con respecto a la asociación, lo que la especie es al género. Pero la noción de asociación es muy amplia. Comprende toda

---

<sup>119</sup> OBAL, Carlos, “*Affectio societatis*”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1979, T. I, p. 553.

unión voluntaria de personas, que de un modo durable y organizado, ponen sus esfuerzos para conseguir un objetivo determinado”<sup>120</sup>. La sociedad anónima permitió organizar y concentrar grandes masas de capital para destinarlas a una finalidad económica concreta, por ello se dice que sirvió como instrumento del desarrollo de la economía capitalista. La sociedad anónima alcanzó su máximo apogeo hasta la primera década del siglo XX, época en que se consideraba que el capital lo era todo, ya que la sociedad era considerada simplemente un capital dotado de personalidad jurídica.

Si bien la sociedad anónima fue concebida como un gran logro de la clase mercantil, inicialmente el anonimato, a decir de Montejano, fue calificado como símbolo de una creciente deshumanización de la propiedad con la consecuente pérdida de valores individuales, señalándose que el “anonimato, cada vez más extendido en las formas capitalistas de propiedad, es como un símbolo de esa creciente deshumanización de las estructuras económico-sociales y hace que éstas se asemejen de algún modo, como en un contacto de términos extremos, a las formas colectivistas de la gigantesca y anónima propiedad estatal”<sup>121</sup>. A su vez se decía que ese “anonimato dificulta el control estatal y muchas veces estas empresas aparecen como feudos al régimen feudal, de que mientras el último era un régimen personalizado, con derechos y obligaciones que vinculaban a personas visibles y concretas, el “nuevo feudalismo”, es un feudalismo anónimo e irresponsable, con verdaderos propietarios muchas veces ocultos tras “gerentes” o “ejecutivos” que constituyen verdaderos “hombres de paja”<sup>122</sup>.

Pasada esta apreciación inicial e histórica, la sociedad anónima, como persona jurídica, se ha convertido y es reconocida como la forma típica de la gran empresa capitalista moderna y el prototipo, por excelencia, de otras formas societarias, aun cuando en los últimos tiempos hay una corriente que se refiere al fenómeno de la crisis de la sociedad anónima, el que sin duda, trataremos más adelante. Como bien lo señala Hundskopf Exebio, con “la transformación de la sociedad anónima, producida por el enorme crecimiento y

---

<sup>120</sup> BRUNETTI, Antonio, *Sociedades Mercantiles*, Serie Clásicos del Derecho Societario, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, T. I (*Aspectos generales de la sociedad*), p. 3.

<sup>121</sup> RUIZ GIMÉNEZ, Joaquín, *Derechos y deberes del hombre*, Herder, Barcelona, 1965, pp. 436-437.

<sup>122</sup> MONTEJANO, *Curso de Derecho Natural*, cit., p. 371.

el desarrollo de la actividad industrial, comercial y financiera, es que se consagra la sociedad anónima de nuestro tiempo: gran empresa, grandes capitales y gran cantidad de accionistas. Se ha dicho con razón que la revolución tecnológica, llamada inicialmente revolución industrial, no habría consumado su obra de transformación sin las fórmulas jurídicas adecuadas. Han sido sociedades anónimas las que cimentaron las grandes empresas de producción de acero y de máquinas, las industrias químicas y la eléctrica. Son también sociedades anónimas las que en los países desarrollados, o en proceso de desarrollo, elaboran toda la extensa gama de productos técnicos que caracterizan nuestra época”<sup>123</sup>.

## 6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

En términos comunes, en el diccionario se señala que la sociedad es el conjunto de personas que comparten fines, preocupaciones y costumbres, y que interactúan entre sí, constituyendo una comunidad o que es una entidad poblacional o hábitat, que considera los habitantes y su entorno, todo ello interrelacionado con un proyecto común, que les da una identidad de pertenencia. También se conceptúa como agrupación natural o pactada de personas, que constituyen una unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir mediante la mutua cooperación todos o algunos de los fines propuestos.

En el campo jurídico y específicamente en Derecho societario, el Dr. Ulises Montoya Manfredi señala que la alusión a sociedad comprende un triple significado, como un determinado acto contractual, como una relación jurídica duradera fundada entre los interesados en virtud del Pacto Social y la persona jurídica que engendra un contrato<sup>124</sup>, siendo el común denominador, en nuestro parecer, un acuerdo de voluntades para un fin común. A partir de ello podemos identificar las siguientes teorías que sostienen la naturaleza jurídica de la sociedad.

---

<sup>123</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial. Temas societarios*, 1ª reimpr., Universidad de Lima, Lima, 2004, T. III, p. 29.

<sup>124</sup> MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Hernando, *Derecho Comercial*, 11ª ed., Grijley, Lima, 2004, T. I, p. 139.

### **6.1. Teoría clásica contractual**

Tal vez con una intención innovativa o para no sujetar a la sociedad anónima a la regulación contractual general contenida en los códigos civiles es que se ha pretendido desconocer, en algún momento, la naturaleza contractual de la sociedad, olvidando que sin acuerdo de voluntades no hay Pacto Social. Si las partes no convienen en constituir una organización social, ésta no puede existir. Para no reconocerse totalmente el carácter contractualista, se ha concebido su origen como un contrato *sui generis*, argumentándose que genera una persona jurídica o una organización, la cual ya no depende del contrato que la generó, sino que está regulada por su propio Estatuto, que se modifica cuantas veces lo deseen los accionistas en Junta General, sin embargo, el Estatuto igualmente es consecuencia de un acuerdo y las modificaciones que se den a lo largo de la vida de la sociedad sin duda lo son también. Querer sustituir el concepto de contrato por otros como acto constitutivo, acto complejo, acto colectivo, etc., no tiene mayor relevancia y finalmente se cede ante el carácter contractual aceptado por el Derecho positivo.

### **6.2. Teorías del acto social constitutivo y del acto complejo**

Según Gierke, la sociedad no tiene carácter contractual, sino que se trata de un acto unilateral que se da por las declaraciones de voluntad de los socios, las que no se contraponen sino que coinciden hacia un mismo fin que es la creación de un ente social como sujeto jurídico distinto de los socios. Además, sostiene que el contrato, como simple acuerdo de voluntades para crear situaciones jurídicas subjetivas, no es capaz de crear una personalidad jurídica, un sujeto de Derecho, ya que las personas morales son realidades orgánicas que no pueden surgir de un contrato.

En esta misma línea Kuntze, Witte y Winscheid explican la naturaleza jurídica de la sociedad como un “acto complejo” y “acto colectivo”. Como acto colectivo, influye en el ámbito jurídico de intereses que son coincidentes (a diferencia del contrato que produce efectos entre las partes contratantes), las manifestaciones de voluntad son paralelas y se fusionan en una sola voluntad

(mientras que en el contrato son opuestas las manifestaciones de voluntad y por los diferentes intereses de los contratantes).

### **6.3. Teoría institucionalista**

Esta teoría ha sido concebida por Maurice Hauriou y Georges Rénard, quienes admiten que el acto constitutivo es un contrato, pero éste da origen a una institución que, en esencia, es una idea de obra o de empresa que constituye una realización independiente de la voluntad subjetiva de individuos determinados y que se caracteriza por su duración en el medio social o un organismo dotado de propósito de vida y de medios de acción superior en poder y en duración a aquellos de los individuos que lo componen.

En el contexto de la sociedad anónima, la teoría de la institución tiene como exigencia la tutela del bien común y defiende el principio de autoridad pero, al mismo tiempo, respeta la individualidad y la importancia de los accionistas.

### **6.4. Teoría del contrato plurilateral**

Es una doctrina que tiene su origen en Italia cuya legislación mantiene a la par con contrato bilateral, a los “contratos plurilaterales”, que contienen obligaciones recíprocas de más de dos partes. Para este contrato se requiere una pluralidad de participantes, siendo que puede tratarse de dos partes. Según Ascarelli, la sociedad constituye el ejemplo característico y tradicional del contrato plurilateral, ya que participan en él varias partes que adquieren como consecuencia del mismo, obligaciones y derechos de la misma e idéntica naturaleza jurídica. Dentro de la sociedad ningún socio se encuentra frente al otro socio, sino frente a todos los demás y, por ello, se puede hablar propiamente de pluralidad. Sin embargo, esta teoría tiene una serie de limitaciones, entre ellas, que a lo sumo puede resultar una explicación satisfactoria para el acto constitutivo de las sociedades personales o de intereses; tampoco explica la naturaleza del acto constitutivo en las sociedades de capital ni tampoco el funcionamiento de la sociedad constituida.

## 6.5. Nuestra Ley General de Sociedades

La antigua Ley General de Sociedades (a Ley General de Sociedades), en el artículo 1º expresamente recogía la naturaleza contractual de la sociedad; pero también en el artículo 3º<sup>125</sup> se hacía referencia al nacimiento y creación de un ente o persona jurídica, con lo que al parecer suscribía una teoría intermedia entre las teorías contractualista y la institucional de la sociedad, considerándose que esa ley tenía una posición mixta o ecléctica.

Nuestra ley actual, la Ley N° 26887, ha suprimido el término *contrato* en el primer artículo, con lo que pretendería no hacer una calificación normativa. Al respecto, el maestro Elías Laroza nos dice que: “El artículo I de la Ley General de Sociedades se rehúsa a definir la naturaleza jurídica de las sociedades, que es uno de los problemas más debatidos por la doctrina en este siglo. ¿Qué es una sociedad?, ¿un contrato?, ¿una institución?, ¿un negocio social?, ¿es un contrato al momento de la constitución de la sociedad pero no después, durante la vida social?, ¿es un “acto complejo”?, ¿es un acto colectivo? La doctrina no nos aclara el panorama (...). Con acierto la LEY GENERAL DE SOCIEDADES no ha querido tomar posición sobre un asunto tan discutible. Tratándose de un tema eminentemente teórico, mientras el debate doctrinario continúa, la Ley ha preferido la fórmula práctica de guardar silencio”<sup>126</sup>.

A su vez, otros autores no interpretan como Elías Laroza que se guarde total silencio, ya que la “vigente ley no ha podido abandonar esta postura, pese a que la intención original era apartarse de todas estas posiciones. De este

---

<sup>125</sup> Antigua **Ley General de Sociedades, Decreto Supremo N° 003-85-JUS, Artículo 1º.**- Por el **contrato de sociedad**, quienes la constituyen convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica, en cualquiera de las formas reguladas por la presente Ley.

La Sociedad se constituye para un fin lícito y en beneficio común de los socios.

Las sociedades no pueden tener por objeto la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos atribuida por la ley a otras entidades.

Las utilidades netas, si las hubieren, se distribuyen entre todos los socios.

**Artículo 3º.**- El contrato social, debidamente inscrito, **genera una persona jurídica** de derecho privado.

La validez de los actos jurídicos celebrados en nombre de la sociedad, antes de su inscripción en el Registro, queda subordinada a este requisito y a que sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a la inscripción. No constituyéndose la sociedad o no ratificándose los actos jurídicos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado serán ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

<sup>126</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1999, T. I, pp. 7 a 9.

modo, se retiró de todo el texto de la Ley la cita o mención a la palabra ‘contrato’ (...). Sin embargo, podemos encontrar en numerosos dispositivos de esta norma su evidente raíz contractual (...), así como de la esencia institucional de la sociedad. El hecho que en la Ley no se precise la naturaleza jurídica de la sociedad, no está negando su carácter contractualista; se ha optado más bien por no calificarla normativamente<sup>127</sup>. Efectivamente, no es del todo cierto que se haya suprimido totalmente el término “contrato”, ya que encontramos este término en el artículo 382º de la Ley General de Sociedades. Al parecer el legislador, inconscientemente, olvidó reemplazar el término “contrato social” por Pacto Social como lo ha hecho en el resto del articulado.

Otros especialistas como Hundskopf Exebio asumen como única posición la contractualista, con la que coincidimos, precisando que si bien de la lectura del artículo I se advierte que la nueva ley se cuida de no calificar como un contrato, a diferencia del artículo I de la ley anterior que específicamente se refería al contrato de sociedad, la “sociedad nace de un contrato, producto del acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial. Es el único contrato del cual nace una persona jurídica distinta a los sujetos participantes en dicho contrato, lo que la convierte en sujeto de derechos y obligaciones, dotada de una composición orgánica con voluntad propia y con un patrimonio autónomo”<sup>128</sup>.

Y es que el nacimiento de una sociedad por el Pacto Social no es más que un acuerdo de voluntades para un determinado fin, configurándose un negocio jurídico propiamente dicho, por tratarse de una relación jurídica patrimonial en el que se dan los elementos esenciales del contrato. Tal vez sea conveniente hablar de un contrato especial o, como parte de la doctrina lo llama, “contrato de organización económica”, por las características singulares que lo distinguen del común de los demás contratos. Es el caso que en el contrato de sociedad no existen contraprestaciones, el accionista no es un acreedor y la utilidad no es la prestación<sup>129</sup> sino que es producto de la realización del fin

<sup>127</sup> MONTROYA MANFREDI *et al.*, *Derecho Comercial*, cit., T. I, p. 142.

<sup>128</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Reglas aplicables a todas las sociedades”, en su *Derecho Comercial. Temas societarios*, 1ª reimpr., Universidad de Lima, Lima, 2004, T. III, pp. 15, 16.

<sup>129</sup> Es de recordar que la prestación es el objeto de la obligación, es aquella a partir del cual se puede verificar la efectiva satisfacción del interés de las partes contratantes. Puedo cumplir la obligación por ejemplo de manera extemporánea cuando ya no es útil para la otra parte, que no

común: del giro societario. Por otro lado, el accionista no podría invocar la excepción de incumplimiento (*inadimpleti contractus*), por cuanto en primer lugar ésta es propia del contrato bilateral, y el accionista no podrá negarse a efectuar el aporte prometido alegando que los otros no lo han hecho, ya que para ello se han previsto mecanismos para exigir el cumplimiento en la norma societaria. Lo que sucede es que las prestaciones no ingresan en el patrimonio de los otros contratantes (accionantes) sino que pasan a formar parte del fondo social (capital). Las prestaciones no necesitan ser equivalentes, puesto que no están motivadas por una contraprestación, sino por la consecución del fin común. Es destacable que en los contratos bilaterales se presenta en general una oposición de intereses; mientras que el Pacto Social representa una comunidad o solidaridad de intereses. Finalmente, el comprador busca el medio de obtener las mayores ventajas a costa del menor precio; el accionista persigue, junto con el propio, el beneficio ajeno.

## 7. ASPECTOS GENERALES DE LA SOCIEDAD

No pretendemos entrar en una amplia explicación teórica de los aspectos generales de la sociedad, porque sobre ella contamos con suficiente y apropiada bibliografía<sup>130</sup> a la cual podemos recurrir, pero sí haremos una exposición referencial de los aspectos de la sociedad anónima más relevantes.

### 7.1. Constitución de la sociedad

---

es lo mismo que cumplir con la prestación porque ésta está relacionada con la conducta debida de la parte a quien corresponde ejecutarla.

<sup>130</sup> Se recomienda revisar para una mayor y amplia ilustración la siguiente bibliografía nacional en materia societaria especializada: BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, *Comentarios a la Ley General de Sociedades. Análisis artículo por artículo*, 5ª ed. revisada, corregida y actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, 2005; ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1999, Tomos I al III; HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial. Temas societarios*, Universidad de Lima, Lima, 2000-2007, Tomos I al VII; MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Hernando, *Derecho Comercial*, 11ª ed., Grijley, Lima, 2004, T. I; AA.VV., *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I (*Derecho Societario*), coordinado por Oswaldo Hundskopf Exebio, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

Se refiere al conjunto de formalidades y requisitos que según el ordenamiento societario son necesarios para que la sociedad tenga existencia legal. La constitución es, por escritura pública, la que contiene el Pacto Social y el Estatuto. Este último viene a ser el reglamento interno del ente social, cuya observancia es obligatoria. Y ya hemos adelantado en el capítulo segundo, cuando hemos tratado el Estatuto social, que sus estipulaciones tienen la calidad de normas objetivas, ya que como lo señala Beaumont Callirgos: “La sociedad anónima posee unos estatutos que significan para ella lo que la Constitución Política para un país democrático”<sup>131</sup>.

A partir de los documentos que son necesarios para formalizar un acuerdo de aumento de capital y modificación parcial de Estatuto social que señala Hundskopf Exebio<sup>132</sup>, consideramos que éstos son igualmente los documentos y también los momentos que se dan en cualquier acuerdo societario, y en el acto fundacional, aunque por lo general en relación a éste hay un acto previo o un contrato preparatorio:

- 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.

La Ley General de Sociedades considera las siguientes formas de constitución de la sociedad anónima:

1. Constitución por suscripción simultánea, que da origen a la sociedad anónima clásica y a la sociedad anónima cerrada.

La constitución en forma simultánea es la realizada en un solo acto en el cual se produce tanto el acuerdo de constitución como la

---

<sup>131</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, *Comentarios a la Ley General de Sociedades. Análisis artículo por artículo*, 5ª ed. revisada, corregida y actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 9.

<sup>132</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Cumplimiento del pago de los aportes en efectivo en un aumento de capital”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 101, Lima, 2007, p. 129.

suscripción de las acciones por parte de los fundadores, siendo la más empleada en la práctica por su poca complejidad.

2. Constitución por suscripción pública, dando lugar a la sociedad anónima “abierta” o “de accionariado difundido”, cuyo accionariado es captado del público y cuyas acciones son negociadas libremente en la Bolsa de Valores.

A diferencia de la constitución simultánea, la cual se realiza en un solo acto, esta forma de 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<sup>133</sup>. 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.

Se debe cumplir con las mismas formalidades requeridas para las sociedades por suscripción simultánea de acciones después de haber captado los recursos del público. A diferencia del resto de personas jurídicas, la sociedad anónima cuenta con un Reglamento de Registro de Sociedades a los que están sometidos todos los actos societarios registrables.

## 7.2. Reconocimiento

La sociedad anónima existe legalmente y es reconocida desde su inscripción en los registros públicos. El principal efecto jurídico de la inscripción de la sociedad es que con este acto adquiere una personalidad jurídica, que la mantendrá hasta que se inscriba su extinción. De este modo, la sociedad

---

<sup>133</sup> URÍA GONZÁLES, Rodrigo; MENÉNDEZ MENENDEZ, Aurelio; GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, “La sociedad anónima. Aportaciones sociales y desembolsos del capital”, en *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, T. I, p. 785.

anónima tiene un nombre, que es una denominación social<sup>134</sup>, un patrimonio, un domicilio, capacidad para obligarse, mediante sus representantes y una nacionalidad. Si esta inscripción no se lleva a cabo, la sociedad deviene en irregular, con lo que los accionistas, gerentes y directores que representan a la sociedad serán responsables ante terceros, sin limitación alguna, por los actos de ésta.

La personalidad jurídica genera consecuencias muy importantes para la sociedad:

1. Adquiere la condición de sujeto de Derecho (ente dotado de derechos y obligaciones) con capacidad jurídica plena, tanto para ser titular, frente a los socios de derechos y obligaciones, sin que el objeto social constituya por sí una limitación a esa capacidad.
2. Se reconoce su autonomía patrimonial ya que la sociedad es titular de un patrimonio propio distinto de los socios, aunque inicialmente esté formado por las aportaciones de éstos.
3. Hay una separación de responsabilidades entre la sociedad y los socios. Cada uno responde del cumplimiento de sus propias obligaciones con sus respectivos patrimonios, a diferencia, por ejemplo, de las sociedades colectivas y comanditarias en las que los socios colectivos responden solidariamente de las deudas sociales.

### **7.3. Fin de la sociedad**

---

<sup>134</sup> La Ley General de Sociedades ha reservado, coincidentemente, la denominación social para las formas societarias de responsabilidad limitada tales como la sociedad anónima en sus tres modalidades: sociedad anónima, sociedad anónima abierta y sociedad anónima cerrada, así como para la sociedad comercial de responsabilidad limitada. Así, está regulado en el artículo 50º de la LGS, que establece que la sociedad anónima puede adoptar cualquier denominación, debiendo figurar necesariamente la indicación sociedad anónima o las siglas S.A. o S.A.C. O S.A.A., según corresponda. Por su parte, en el artículo 284º de la LGS se establece que tiene denominación social la sociedad comercial de responsabilidad limitada (SCRL). En ambos casos se puede usar además una abreviatura.

Las demás formas societarias, cuya constitución es a base de personas y en su mayoría se caracterizan por ser de responsabilidad ilimitada, como la sociedad colectiva, sociedades en comandita y las sociedades civiles, se identifican e individualizan con una razón social, tal como está previsto en los artículos 266º, 279º y 296º de la LEY GENERAL DE SOCIEDADES

La personalidad jurídica de la sociedad termina con la inscripción de su extinción. Es interesante destacar que no existe una “muerte instantánea” o “muerte súbita” de la sociedad sino que, pensando en la seguridad jurídica y los intereses de terceros, la Ley General de Sociedades ha previsto un procedimiento que se inicia con la disolución, pasa a la liquidación y llega hasta la extinción; sin perjuicio de las normas de reestructuración patrimonial, diseñadas para proteger intereses tanto de los socios, los acreedores y promover el mantenimiento de los puestos laborales de los trabajadores.

La disolución, que es inscribible, es el inicio del proceso de extinción de la persona jurídica, la que mantendrá su capacidad para los actos y contratos que sea, necesarios celebrar, a efectos de la liquidación. Si una sociedad continúa en actividad, no obstante haber incurrido en alguna causa de disolución y sin haber iniciado su disolución formal, tal sociedad será considerada irregular y los directores, gerente general y demás funcionarios, serán personal, solidaria e ilimitadamente responsables por las operaciones llevadas a cabo desde el momento en que la sociedad incurrió en situación de irregularidad. Con el acuerdo de disolución, se pone fin a la representación de los miembros del órgano de administración y gestión, de los administradores, gerentes y representantes en general, asumiendo los liquidadores la función que les corresponde de acuerdo con la ley o el Estatuto.<sup>135</sup> Cuando la sociedad se disuelve, conserva su personalidad jurídica mientras se realiza la liquidación. Conviene además precisar el deslinde entre el concepto de liquidación y disolución. El acuerdo de disolución adoptado por alguna de las causales del artículo 407 “es el inicio del procedimiento tendente a la extinción de la personalidad jurídica. Constituye un presupuesto de la liquidación que, a su vez, consiste en realizar el activo, de acuerdo al orden de prelación y

---

<sup>135</sup> Respecto a la disolución, es oportuno por interesante el comentario de Daniel Echaiz, quien lee las normas societarias, relativas a la disolución, y encuentra que hay una distinción entre disolución de pleno derecho, que vendría a ser la absoluta y la disolución lata que quiera la relativa, permitiendo que se ingrese al terreno de la sociedad irregular, ello a partir de la redacción del artículo 4º de la LGS que se refiere a que la falta de pluralidad de socios y que si no se reconstituye en el plazo de seis meses, la disolución opera de pleno derecho al término de ese plazo, mientras que en el artículo 407º inciso 6) no se menciona de “pleno derecho”, por lo que debe entenderse como una disolución lata<sup>135</sup>. En todo caso dejamos al lector de la norma societaria asumir su propia posición sobre el particular (ECHAÍZ MORENO, Daniel, “¿Disolver o no disolver? He ahí el dilema”, en *Legal Express*, N° 53, Lima, 2005, p. 6).

preferencias establecido en la ley, y, eventualmente distribuir el remanente entre los accionistas, si fuera el caso (...) el acuerdo de disolución puede ser revocado y en este caso se reactiva la actividad empresarial<sup>136</sup>. La Junta General nombra uno o más liquidadores, siempre en número impar, los cuales deben cuidar por la integridad de su patrimonio y que se encargan de llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad. El proceso de liquidación debe ser de conocimiento general, como algo esencial en salvaguarda de los derechos de los acreedores. Para ello, debe darse la debida publicidad, inscribiéndose el acuerdo en el Registro Público. Los liquidadores están facultados o autorizados para realizar operaciones tales como vender los bienes sociales, cobrar y pagar deudas, distribuir los bienes sociales restantes entre los socios y entregar el balance final, el mismo que debe ser aprobado en una Junta General de accionistas y publicado en dos diarios. Finalmente, una vez culminado el proceso liquidatorio se procede a la extinción de la persona jurídica cancelando la correspondiente partida registral.

Finalmente cabe acotar que partir de 1992<sup>137</sup> se estableció un régimen de reestructuración empresarial, a cargo del la Comisión de Procedimientos Concursales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, que tenía como objetivo priorizar la recuperación financiera de personas jurídicas titulares de empresas viables o la salida ordenada del mercado de aquellas empresas que por propia voluntad o requerimiento de sus acreedores debía optar por su disolución o liquidación o posterior declaración de quiebra<sup>138</sup>. Este régimen se encuentra actualmente regulado en la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, publicada el 08/08/2002 y vigente desde el 07/10/2002, y sus modificatorias aprobadas por Ley N° 28709, la misma que en sus dos primeros artículos del Título Preliminar describe su objetivo y la finalidad de los procedimientos

---

<sup>136</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, cit., p. 857.

<sup>137</sup> La Ley de Reestructuración Empresarial fue aprobada por Decreto Ley N° 26116 en 1992 (que derogó la antigua Ley Procesal de Quiebras, Ley N° 7566 de 1932), luego esta norma fue derogada por el Decreto Legislativo N° 845 publicado el 21 setiembre de 1996 y por la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, Ley N° 27146, que fueron compiladas en un Texto Único Ordenado, D.S. N° 014-99-MITINCI, del 1 de Noviembre de 1999, las mismas que fueron derogadas por la Única Disposición Derogatoria de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, publicada el 08 de agosto de 2002.

<sup>138</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial. Temas societarios*, 1ª reimpr., Universidad de Lima, Lima, 2004, T. III, p. 136.

concursoales. En primer lugar es objetivo del sistema propiciar la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa orientando a que los agentes del mercado procuren una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursoales, de tal forma que puedan obtener el máximo valor del patrimonio en crisis. A su vez los procedimientos concursoales, que producen efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor<sup>139</sup>, facilitan la creación de un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso a fin que arriben a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.

#### **7.4. Dogma de impenetrabilidad y patrimonio autónomo**

La característica singular que presenta la sociedad anónima, más que en las demás personas jurídicas, como se describe en el artículo 78º del Código Civil, “tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”; ello representa el dogma de impenetrabilidad y base de constitución del patrimonio social autónomo. A su vez, en la Ley General de Sociedades, en el artículo 51º (“Capital y responsabilidad de los socios”), se establece que los socios accionistas no responden personalmente por las deudas sociales. Estamos ante lo que también se conoce como el “hermetismo de la sociedad anónima”, donde “propiedades, deudas o créditos de la persona jurídica nada tienen que ver con los miembros de ella ni viceversa (...), se manifiesta tanto en el ámbito interior, donde en virtud del principio de que la decisión mayoritaria declara la voluntad de la persona jurídica, se afirme el poder libre e incontrolado de los órganos rectores, como en el ámbito exterior, donde la personalidad de la sociedad anónima excluye las de los socios, de modo que su conducta como individuos será indiferente a la sociedad...”<sup>140</sup>. Efectivamente, la distinción entre la persona jurídica y los miembros que la

---

<sup>139</sup> Si bien resaltamos al ente social, este sistema es extensivo a personas naturales, personas jurídicas en general, sociedades conyugales, sucesiones indivisas e incluso a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras.

<sup>140</sup> BOLDÓ RODA, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 41.

integran cobra mayor importancia en la sociedad anónima, que es una forma societaria a base de capitales que constituye una gran contribución del derecho al desarrollo y crecimiento del comercio y por ende de la economía.

Dobson nos dice que “una mayor perfección del sistema se logra cuando se establece la separación, al punto que el socio ya no responde por las obligaciones de la sociedad. Aparece así la responsabilidad limitada. La forma paradigmática de esta forma asociativa comercial es la sociedad anónima: no hay ya comunicación en ella entre la responsabilidad de la sociedad y la de los socios. Se ha erigido una valla separativa de responsabilidad: el muro de la responsabilidad limitada”<sup>141</sup>.

Como atributo de la personalidad ya hemos considerado que así como la persona física tiene un patrimonio, igual sucede con la sociedad anónima. El patrimonio propio es la base económica que le permite a la sociedad alcanzar sus objetivos y responder por sus obligaciones. Existen diferentes concepciones del término “patrimonio”, una general es el patrimonio relativo a lo que “se tiene” y se define como el conjunto de bienes, muebles o inmuebles, afectados a los fines de la persona jurídica. Tales bienes constituyen un patrimonio independiente, separado del patrimonio de cada uno de sus miembros o representantes. Otra concepción es la técnica relativa a la diferencia entre los activos y los pasivos, o una que solamente la define teniendo en cuenta los activos.

## **7.5. Elementos de la sociedad anónima**

### ***a) Capital social***

Para el ámbito societario vamos a definir el patrimonio como el conjunto de bienes con valoración económico-monetario. Dentro de este concepto general de patrimonio, tenemos el Capital Social y el patrimonio neto<sup>142</sup>. Si nos referimos al patrimonio del ente social, de manera general, ello no quiere decir

---

<sup>141</sup> DOBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, 2ª ed. inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 2.

<sup>142</sup> Cfr. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “El desequilibrio patrimonial en las sociedades anónimas”, en su *Derecho Comercial*, Universidad de Lima, Lima, 2007, T. VII, pp. 27-53.

que se trate de un sinónimo de capital social o de patrimonio neto. Por ello, es necesario conocer la distinción entre ambos.

Por un lado al capital social se le define como la cifra matemática, establecida en el Estatuto social y que se refleja en el pasivo del balance donde consta la deuda que mantiene la sociedad frente a los socios, siendo éste el que constituye una garantía para los acreedores. Sacristán señala que “el capital sigue siendo una realidad primaria y sustancialmente jurídica, una cifra estatutariamente determinada con carácter jurídico y vocación de permanencia a la que corresponden sobre todo funciones como la del cálculo de la participación del socio en el patrimonio y las actividades sociales y sobre todo la garantía de los acreedores, en cuanto opera como cifra de retención de valores en el activo”<sup>143</sup>. A su vez, para Garrigues y Uría: “El capital social es, por el contrario solamente una cifra permanente de la contabilidad que no necesita responder a un equivalente patrimonial efectivo (...). La determinación del capital social en la escritura significa la declaración de que los socios han aportado o han ofrecido aportar a la sociedad al menos un conjunto de bienes equivalente a esa cifra”<sup>144</sup>. Resulta muy importante este elemento no sólo por el aspecto valorativo societario sino como referente, por ejemplo, para la calificación de la Junta General. Así lo ha determinado el Tribunal Registral cuando señala: “Tratándose de Junta General de accionistas de las sociedades anónimas, no se debe exigir la presentación del libro matrícula de acciones para verificar el quórum de la junta, sino que para ello se debe comparar el número de acciones en que está dividido el capital social inscrito con el número de acciones concurrentes a la junta”<sup>145</sup>.

De manera general, el capital social es el valor fijado en dinero al conjunto de las aportaciones de bienes o derechos susceptibles de valoración

---

<sup>143</sup> SACRISTÁN ROPRESA, Marcos, “El aumento de capital: modalidades, requisitos, el aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, Civitas, Madrid, 1994, T. III, Vol. I, p. 246.

<sup>144</sup> GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónima*, 3ª ed. Revisada, corregida y puesta al día por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, T. I, p. 112.

<sup>145</sup> Criterio adoptado en la Resolución N° 137-2002-ORLC/TR del 08 de marzo del 2002, del 05/04/02 (II Pleno, sesión ordinaria realizada los días 29 y 30 de noviembre de 2002. Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22/01/03).

económica, excepto servicios<sup>146</sup>; tal valoración debe ser consignada en el Estatuto social, ya que éste es un requisito indispensable. El requisito se cumple indicando el número de acciones en el que se encuentra dividido el capital social, el valor de cada acción y el monto pagado por ellas. La determinación del capital social en la escritura significa que la sociedad asume la obligación de conservar, en interés de los acreedores, un patrimonio igual por lo menos a la cuantía del capital.

Es el momento de tener presente la distinción entre capital y patrimonio. Como ya ha sido señalado, en el ámbito societario, el capital social es una cifra que se consigna en el Estatuto que integra el Pacto Social,, y en cuanto al patrimonio social este está integrado por el conjunto de bienes materiales e inmateriales que pertenecen a la sociedad lo que viene a ser el activo de ésta y el conjunto de deudas sociales que conforman el pasivo de la sociedad, donde del *activo* se determina el estado de la actividad de la empresa y de sus bienes, y del *pasivo*, las fuentes de financiación obtenidas de terceros a las que recurre el ente social para desarrollar sus actividades. Este patrimonio social es susceptible de valoración, la misma que es variable por cuanto puede haber aumento o disminución del mismo.

La importancia de distinguir patrimonio social de capital social radica en identificar con qué se responde por las obligaciones societarias. Así, el artículo 31º de la Ley General de Sociedades establece que el patrimonio social es el que responde por las obligaciones de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios en aquellas formas societarias que así lo contemplan.

Ahora, si bien ya hemos establecido la distinción conceptual entre capital social y patrimonio social, resulta conveniente referirse a lo que significa el patrimonio neto. El patrimonio neto es la diferencia real entre el valor total de los activos y el monto de los pasivos sociales a una fecha determinada. Con claridad nos ilustra el maestro Elías Laroza respecto a que el patrimonio neto “se expresa en el balance de la sociedad a través de las cuentas de capital, beneficios, reservas, primas y en general todo aquello que la sociedad adeuda

---

<sup>146</sup> Atendiendo a que la sociedad anónima es una sociedad de capitales no se admite como aporte los servicios.

a sus socios en condición de tales”<sup>147</sup>. Oswaldo Hundskopf Exebio señala que en resumen, “si del valor total de los activos, deducimos en un día cualquiera, el monto de los pasivos frente a terceros, la diferencia es el valor neto del patrimonio, y si resultara que el valor de los pasivos frente a terceros supera al de los activos, nos encontramos ante un patrimonio negativo”<sup>148</sup>. Igualmente explica que el capital social se rige por unos principios reguladores u ordenadores como son los principios de: determinación, efectividad o realidad, integridad o suscripción íntegra, desembolso mínimo, estabilidad o permanencia, y vinculación y que además cumple 3 importantes funciones: a) organizativa de la estructura financiera y corporativa de la sociedad, b) función de garantía frente a los acreedores, y c) una función pre-concursal<sup>149</sup>.

Al hablar de capital social hay una referencia directa a las acciones nominales que son las que se integran por el aporte social. El pago de las acciones suscritas se materializa con los aportes de los socios, los cuales pueden ser aportes dinerarios y no dinerarios siendo que en este último caso se requiere de un informe de valorización, como requisito esencial, con la descripción de los bienes y derechos materia del aporte.

Para que haya capital social debe haber aportes, los que son “todas las prestaciones prometidas por el socio en vista de la futura consecución del fin social previsto en el momento del contrato. En la práctica, son objetos patrimoniales que salen del patrimonio del socio y pasan a integrar el fondo social<sup>150</sup>. El aporte es, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, una obligación de dar o hacer, sin otra contraprestación que el reconocimiento, por la sociedad, de que el titular tiene una parte de interés en ella”. Es un requisito esencial en nuestra legislación mercantil. De tal forma que no hay sociedad, sin aportaciones de bienes de derechos.

#### *a.1) Acciones*

---

<sup>147</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique, *Ley General de Sociedades Comentada*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1998, p. 78.

<sup>148</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, “El desequilibrio patrimonial en las sociedades anónimas”, cit., p. 30.

<sup>149</sup> *Loc. cit.*

<sup>150</sup> MONTOYA MANFREDI *et al.*, *Derecho Comercial*, cit., T. I, pp. 117, 118.

Las acciones son partes alícuotas de Capital social y deben distinguirse las acciones suscritas y las acciones pagadas. Cuando se constituye una sociedad anónima se cuenta con un Capital Social, el mismo que de acuerdo a la cifra que se trate, debe pagarse por lo menos en el 25%. El saldo que se adeuda se conoce como dividendo pasivo y como saldo deudor debe cancelarse necesariamente para el aumento de Capital ya que es un requisito que se acredite que se ha pagado todo el capital suscrito.

Las acciones se inscriben en la Matrícula de acciones que sustituyó al Registro de Acciones y Transferencias prevista en los derogados Ley 16123 y TUO Decreto Supremo 003-85-JUS, tratándose de un cambio de forma y no de fondo.

Es oportuno preguntarnos, cuál es la naturaleza de la acción, o simplemente qué es una acción?

Como lo señala el Dr. Beaumont Callirgos, las “ figuras del mundo societario en muchos casos tienen diferentes acepciones, dependiendo del enfoque que se les dé, sea económico, contable o jurídico. En el ámbito jurídico dar una única definición de lo que son las acciones no resultaría muy acertado, por lo que preferimos referir las tres definiciones que se manejan en doctrina”<sup>151</sup>. Es así que en Doctrina Societaria, se ha llegado al consenso que la acción es una suerte de simbiosis de tres diferentes acepciones o conceptos, sin embargo y con regular frecuencia, se tiende a confundir esa simbiosis como si se tratara de un solo concepto, llevándose a una distorsión de la verdadera naturaleza jurídica de la misma.<sup>152</sup> Las tres acepciones son las siguientes:

- a) Acción, como parte alícuota del Capital social o como “acción-cuota parte” - concepto derivado de la necesaria división o fraccionamiento del Capital Social en acciones.
- b) Acción, como Derecho o como status de accionista ( socio), calidad que se encuentra representada en el documento denominado certificado de acciones o en anotaciones en cuenta, lo que genera una serie de Derechos y obligaciones sociales recíprocas entre los accionistas y el ente social.

---

<sup>151</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “Las acciones de las sociedades anónimas” en Tratado de Derecho Mercantil, tomo I, Derecho Societario, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2003, p. 365

<sup>152</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Estudio Introductorio a la Ley General de Sociedades, Op.cit. p.10

c) Acción, como título valor o simplemente como valor - como documento pero uno destinado a la circulación y que acredita la calidad de accionista. Tanto el Dr. Beaumont Callirgos como el Dr. Hundskopf Exebio señalan que la acción es un título valor, pero uno sui géneris o especial, al cual se le incorpora los Derechos de carácter corporativo, siendo títulos de participación social<sup>153</sup>, ello por cuanto en la Ley General de Sociedades sólo puede haber acciones nominativas representadas en certificados o anotaciones en cuenta. En cuanto al concepto o conceptos que han sido recogidos por nuestro ordenamiento nacional, tenemos a la acción como parte alícuota, lo que está previsto expresamente en la Ley General de Sociedades en el artículo 82º, mientras que en el artículo 257º de la Ley de Títulos Valores se establece que las acciones son títulos valores.

Luego, hay que resaltar la diferencia entre acciones y participaciones, ya que si bien en ambos casos hay una representación y división del capital social, las primeras son propias de las sociedades anónimas, ya sea en la clásica, la anónima abierta, la anónima cerrada y también en la sociedad en comandita por acciones. En las demás organizaciones societarias previstas en la Ley General de Sociedades, lo que hay son participaciones, existiendo una prohibición expresa de darle a éstas el carácter de títulos valores y mucho menos denominarlas acciones.

Respecto a las clases de acciones, sin que sean las únicas, tenemos las acciones con Derecho a voto y las acciones sin Derecho a voto. Hemos considerado de mayor relevancia esta distinción por cuanto, a partir de los titulares o portadores de las mismas, identificamos no sólo los Derechos y obligaciones societarias, sino el tipo de interés y el involucramiento en la gestión social lo que consecuentemente hay que tener presente ante los supuestos de imputaciones de responsabilidad societaria. Beaumont Callirgos señala los “distintos grupos de accionistas:

---

<sup>153</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, Comentarios a la Ley General de Sociedades, Op.cit., p. 237 /

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, Estudio Introductorio a la Ley General de Sociedades, Op.cit. ,p.11

- (1) Accionistas de “mando o gestión, interesados en participar activamente en la dirección y administración de la empresa a través de los órganos sociales;
- (2) “Accionistas rentistas”, cuyo interés radica en invertir su capital de la forma más conveniente para poder obtener un dividendo. Generalmente, este grupo de accionistas no está muy interesado en la gestión social y está consciente que serán los “accionistas de mando” los encargados de dicha labor; y
- (3) “Accionistas jugadores o mercaderes”, según los llama Joaquín Garrigues, y son aquellos que compran y venden las acciones, normalmente en el mercado bursátil, para ganar con la diferencia en el valor de la misma. Obvio compran en baja y las colocan tan pronto elevan su valor de cotización<sup>154</sup>.

De todo ello se llega a la conclusión que los accionistas con Derecho a voto, que ejercen sus Derechos políticos y económicos, vienen a ser los accionistas o “socios gestores” quienes ejercen el control directo de la gestión, los que asisten a la Junta General y adoptan los acuerdos, son la expresión de la voluntad social, mientras que los accionistas privilegiados sin Derecho a voto son los “socios inversionistas”, los que no asisten a la Junta General y que si bien estarán informados de la gestión, no intervienen directamente en ella ni en su control<sup>155</sup>. Así, como regla general, podemos decir los accionistas sin Derecho a voto no serán responsables por los acuerdos que puedan adoptar los accionistas con Derecho a voto ni tampoco por los actos irregulares que éstos puedan cometer o del uso irregular de la forma societaria. Sin embargo, el alcance

---

<sup>154</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, cit., p. 247.

<sup>155</sup> “Las figuras jurídicas que muchas veces van naciendo son consecuencia del avance y de las necesidades que paralelamente surgen, necesidades que deben cubrir intereses, tal es el caso de las acciones ‘sin derecho a voto’. Anteriormente no se podía siquiera imaginar esta figura ya que referirse a algo contrario al derecho a voto que confería el ser titular de una acción era increíble. Hay personas que no tienen un interés más que económico al participar en una sociedad. Son inversionistas que adquieren las acciones con el fin de percibir los dividendos que distribuya la sociedad. Su vínculo con la gestión y la marcha interna de la misma es mínimo. El accionista que opta por las acciones sin voto, está dispuesto a cambiar sus derechos políticos por uno económico” (BEAUMONT CALLIRGOS, *Las acciones de las sociedades anónimas*, en *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I (*Derecho Societario*), Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 397).

de esta regla general puede relativizarse en la medida que el socio sin Derecho a voto esté al tanto de tales actos con el fin de obtener mayores beneficios.

Por lo general, en la sociedad en la que se presenta un mayor número de socios inversionistas o rentistas es la sociedad anónima abierta; y es por ello que se tiende a afirmar que en ésta no existe la *affectio societatis*, ya que lo único que llevaría a un accionista a participar en el ente social es la renta y los beneficios económicos que va a obtener. La sociedad anónima abierta es considerada como la “sociedad moderna” por su gran capacidad de captar financiamiento, en relación a la sociedad anónima ordinaria o clásica, que es específicamente la que nos sirve de referencia para este trabajo.

En cuanto a la inscripción de todo lo relacionado con las acciones, en el artículo 92º de la Ley General de Sociedades se detallan todos los actos que deben ser registrados o anotados, siendo de relieve precisar que según el artículo 91º la sociedad considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones, esto quiere decir que para todo efecto de acreditar la legitimidad y condición de accionista de una sociedad anónima necesariamente tendrá que estar anotado en la matrícula de acciones.<sup>156</sup>

#### *a.2) Accionistas*

Una sociedad anónima está compuesta por los accionistas, quienes conforman la Junta General. Los accionistas eligen a los directores, que a su vez nombran al gerente general y a los demás funcionarios de la sociedad. Los miembros del Directorio, los funcionarios y el gerente general no necesariamente tienen que ser accionistas de la sociedad; la dirección de la sociedad puede estar separada de su propiedad efectiva. “La doctrina del Derecho societario considera que los derechos del accionista constituyen una

---

<sup>156</sup> Es de precisar que si bien en el artículo 91º de la LGS, se señala que se considera propietario a quien aparezca inscrito, ello es sólo una “consideración” y una presunción *juris tantum*, ya que, ante un conflicto en relación a acciones de la sociedad conyugal, se estará a lo que disponga el Código Civil para los efectos del patrimonio autónomo. Esta es nuestra interpretación aunque admitimos que al respecto el debate es muy amplio.

tercera categoría de derechos distinta a los reales o a los de crédito, constituyendo una especie de derechos personales corporativos. Todos los derechos corresponden o son inherentes únicamente a las acciones emitidas<sup>157</sup>, donde estos derechos son derechos fundamentales de los accionistas. Como derechos fundamentales de la persona conocemos a aquellos derechos humanos que son reconocidos e incorporados en nuestra Constitución política del Perú y para los cuales existe una serie de garantías constitucionales; sin embargo, al hablar de “derechos fundamentales de los accionistas” en primer lugar pensamos que son “fundamentales” desde el punto de vista semántico, esto es, esencial y sustancial. Entonces son esenciales porque reconocen un conjunto de derechos que son necesarios e imprescindibles para que el accionista tenga la condición jurídica de tal no sólo en teoría sino en la práctica. Por otro lado, en materia societaria, la sociedad como ente por excelencia para captar capitales tiene que brindar protección y seguridad a sus inversores; éstos, por su calidad de accionistas tienen derechos fundamentales con igual trascendencia que los derechos fundamentales de la persona y por lo tanto deben gozar de todas las garantías.

Efectivamente, en doctrina se denominan *derechos fundamentales, individuales, básicos o corporativos del accionista* y gozan de un marco de protección que aun cuando esté reconocido que la persona jurídica es distinta que los miembros que la conforman, no podrá violarse el “contenido esencial” del derecho de cada accionista. En el artículo 95º de la Ley General de Sociedades encontramos lo que se denomina una lista de derechos fundamentales mínimos del accionista, nosotros más bien los denominamos básicos porque a partir de ellos hay por extensión otros derechos como efectivamente los encontramos en todo el articulado de la Ley General de Sociedades, además de los que puedan enunciarse en el Pacto Social y en el Estatuto. Dentro del conjunto de derechos fundamentales del accionista encontramos derechos económicos, derechos políticos y derechos administrativos. En el primer caso están referidos al derecho a la participación en las utilidades o la suscripción de acciones de manera preferente; en el segundo caso está la intervención, votación y derecho de impugnación de

---

<sup>157</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Estudio introductorio”, en *Nueva Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 16.

actos societarios y finalmente el acceso a información societaria y separación en los casos previstos en el Estatuto y la Ley<sup>158</sup>.

Los derechos fundamentales societarios pueden ser objeto de clasificación de acuerdo al ejercicio que se dé, puede tratarse de derechos económicos o patrimoniales o materiales, cuando se distribuyen utilidades, por ejemplo, o derecho político o administrativo o funcional cuando se participa y vota en las juntas.

Cuando se habla de mayoría o minoría, no se está refiriendo a la cantidad de accionistas sino al número de acciones que éstos poseen, acciones suficientes como para adoptar o imponer una decisión. Ante la posible arbitrariedad de la mayoría contra la minoría, la ley societaria ha previsto una serie de mecanismos para neutralizar tales actos y proteger al accionista minoritario; ello de ninguna manera atenta contra los derechos fundamentales de cualquier accionista, sino que entre los iguales identifica las diferencias para lograr el equilibrio necesario.

### ***b) Objeto social***

Como señala el maestro Elías Laroza, el fin social es la razón misma por la que la sociedad se constituye, es debido a ese objeto social, y no a otro, que los socios deciden participar en la sociedad, aportar capitales y asumir el riesgo del negocio<sup>159</sup>. Muchos otros aspectos de importancia dependen del objeto social: el monto del capital inicial, el nivel de endeudamiento de la sociedad y la función delimitadora que es útil para definir la esfera de actividades e inversiones. Cada socio decidió con entusiasmo participar en una determinada actividad y no tiene necesariamente el mismo entusiasmo con respecto a otro giro de negocios y es por ello que frente al cambio de objeto social el socio está facultado a separarse de la sociedad.

Según el artículo 11º de nuestra Ley General de Sociedades, “La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entiende incluidos en el

---

<sup>158</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, cit., p. 263.

<sup>159</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, Editora Normas Legales, Lima, 2001, T. I, p. 48.

objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el Pacto Social o en el Estatuto. La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas”. El objeto social está constituido por los actos o categorías de los actos que en virtud del Pacto Social de constitución podrá realizar la sociedad, para lograr el fin común al que aspiran los socios<sup>160</sup>. La descripción de las actividades en que consiste el objeto social es un elemento necesario del contrato de sociedad ya que serán estas actividades las destinatarias de las aportaciones de los socios. Si bien en un primer momento hubo quienes entendieron que la sociedad sólo podría tener una actividad, otros interpretaron que podría haber más de una, siempre y cuando fuesen conexas. Actualmente hay criterio mayoritario de que las categorías de actividades pueden ser varias, siempre que se determinen en forma precisa. Queda claro, entonces, que el objeto social está conformado por las actividades que la sociedad deberá realizar para el logro del fin común que propugnan y anhelan los socios. En general podemos decir que el objeto de la sociedad consiste en aquel conjunto de operaciones que ésta se propone realizar para ejercer en común una actividad económica.

Halperin nos aclara que no debe confundirse objeto con actividad: el objeto está determinado por la categoría de actos para cuyo ejercicio se constituyó la sociedad; la actividad, en cambio, es el ejercicio efectivo de actos que realiza la sociedad en funcionamiento.

Conforme a nuestra legislación, el objeto social debe estar indicado en el Estatuto social, lo cual se explica por cuanto el objeto social es un elemento esencial de toda forma societaria. Son los fundadores quienes libremente determinan cuál habrá de ser el objeto social teniendo como única limitación el que sus actividades o aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social no sean contrarios a la ley ni a la moral.

El objeto social, según lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, debe tener las siguientes características: preciso y determinado, así como posible y lícito. El objeto de la sociedad debe ser *preciso y determinado* para

---

<sup>160</sup> MONTOYA MANFREDI *et al.*, *Derecho Comercial*, cit., T. I, p. 424.

posibilitar que se conozcan con certeza las diversas actividades que puede abarcar el ente social y además debe ser un objeto *de cumplimiento o realización posible*. Para la doctrina, la imposibilidad es considerada como causa de nulidad del contrato cuando el objeto de actividad prevista no es seguramente realizable. La imposibilidad sobrevenida es causa de disolución (artículo 407º inc. 2, Ley General de Sociedades).

Para el maestro Ulises Montoya Manfredi, la ilicitud del objeto social produce la nulidad del Pacto Social. Cuando se dice que el objeto debe ser lícito, como principio, no puede por menos entenderse que debe ser lícito todo extremo del elemento objetivo del contrato de sociedad. El artículo 33º de la Ley General de Sociedades señala que el Pacto Social será declarado nulo cuando el objeto de la sociedad recaiga en una actividad contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Es más, el artículo 410º de la Ley General de Sociedades autoriza al Poder Ejecutivo a disolver aquellas sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres<sup>161</sup>.

---

<sup>161</sup> **Ley General de Sociedades, Artículo 410º.- Disolución a solicitud del poder ejecutivo.-** El poder Ejecutivo mediante Resolución Suprema expedida con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, solicitará a la Corte Suprema la disolución de sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. La Corte Suprema resuelve en ambas instancias, la disolución o subsistencia de la sociedad.

## **Capítulo Cuarto**

### **DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y DAÑO EXTRAPATRIMONIAL**

“[En] cuanto a la naturaleza de la reparación por esta clase de daños, es verdad que resulta poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter moral. Sin embargo, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestren su existencia. Es mejor, en efecto, buscar una reparación imperfecta, en este caso la entrega de una suma de dinero para reparar un daño no patrimonial, a dejar sin protección el derecho vulnerado”.

Felipe Osterling Parodi<sup>162</sup>

#### **1. DERECHOS FUNDAMENTALES**

En el capítulo segundo, cuando desarrollamos el marco jurídico de la persona jurídica en general, se introdujo el tema de los derechos fundamentales y suscribimos la posición que la persona jurídica es titular de derechos fundamentales. Tal como lo afirma el maestro Felipe Osterling Parodi, en nuestro ordenamiento jurídico tanto de manera sustantiva como procesal, hay protección a los derechos fundamentales que se reconocen a ésta. Si bien hemos afirmado nuestra posición, también hemos señalado que las personas jurídicas no serían titulares de todos los derechos fundamentales porque no habría lógica en ello al no ser todos los derechos compatibles con ella. Para asumir nuestra posición previamente hemos determinado qué implica ser “persona” en Derecho, qué es sujeto de Derecho, quien tiene la titularidad de un derecho fundamental, qué implica éste para el sujeto, y cuál es el criterio de atribución. El derecho fundamental está definido normativamente y además es inherente a la persona jurídica por ser un sujeto de Derecho al igual que la persona física, por lo tanto la sociedad anónima es titular de derechos fundamentales atendiendo a su fin y objeto social. En virtud de lo afirmado, ante una vulneración de los derechos fundamentales o en general a algún

---

<sup>162</sup> OSTERLING PARODI, “El Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984. Análisis de la transición en responsabilidad por inexecución de obligaciones”, cit., p. 16.

derecho derivado de éstos que le cause lesión o perjuicio, por dolo o culpa, la sociedad anónima tiene derecho a una reparación por el daño extrapatrimonial equivalente al daño moral a la persona física. Uno de los ejemplos ya expuestos fue que esta reparación procedería cuando se descubren o revelan datos reservados sin el consentimiento de los representantes legales o cuando se dan a conocer datos erróneos, no actualizados o incompletos que presten a confusión y les generen un daño. Por otro lado, la intimidad no es un derecho exclusivo de la persona física sino que se extiende a las formas u organizaciones sociales en las que éstos desarrollan plenamente su personalidad. El debate está, sin lugar a dudas, si es que podemos hablar propiamente de daño moral o si debemos usar el término “daño extrapatrimonial” para no colisionar con el concepto tradicional de daño moral.

La aptitud de las personas jurídicas de ser sujetos de Derecho y correlativamente de tener obligaciones y derechos “no ofrece dudas en el ámbito patrimonial, pero no ocurre lo mismo si la trasladamos a la esfera extrapatrimonial en la que, tradicionalmente, se sitúan los derechos de la personalidad, circunstancia ésta que justifica, (...) la pregunta (...) ¿pueden las personas jurídicas ser titulares de derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen?<sup>163</sup>, y a la buena reputación?, agregaríamos nosotros.

Hay posiciones extremas, por un lado se niega toda posibilidad porque se afirma que la persona jurídica no es sujeto de los derechos vulnerados sino que lo son sus accionistas y si se demanda no será por sí misma, como ente social, sino en representación de sus asociados. Otros como Castán y Galgano le reconocen a la persona jurídica el derecho al honor, esto es, que cuando se dice que se ha ofendido la reputación de la asociación como persona jurídica, se afirma que los miembros de la asociación han sido ofendidos *utti universi* y no *utti singuli*<sup>164</sup>. Lo primero quiere decir que los destinatarios de la ofensa han sido los asociados en general y en su conjunto colectivo mientras que lo segundo tiene como destinatario a la persona física individualizada.

Que duda cabe que, entre otros, son derechos fundamentales compatibles a la sociedad anónima el derecho a la asociación (ya que un ente social puede

<sup>163</sup>ROVIRA SUERIO, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, cit., p. 265.

<sup>164</sup> Citados por ROVIRA SUERIO, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, cit., p. 266.

ser accionista de otro ente), el derecho de reunión, el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la tutela jurisdiccional<sup>165</sup>, el derecho a un nombre, el derecho a decidir sobre su domicilio, la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho de petición. Como ha sido expuesto en un capítulo anterior, en el Perú el Tribunal Constitucional, respecto a este tema, ya ha emitido pronunciamiento en la Sentencia Expediente. N° 0905-2001-AA/TC del 14-08-2002, en el recurso extraordinario interpuesto por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín<sup>166</sup>. A partir de tal resolución, el Tribunal Constitucional, “consideró que las personas jurídicas también podían ser titulares de algunos derechos fundamentales en determinadas circunstancias (...) esta titularidad se desprende del artículo 2º, inciso 17), de la Constitución Política de 1993, que reconoce el derecho de toda persona a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. En tal sentido, de acuerdo al tribunal Constitucional, en la medida en

<sup>165</sup> “Que el artículo 6º del Título Preliminar del Código Civil precisa que para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. Asimismo, el artículo 97º del Código Procesal Civil establece que un tercero puede intervenir en el proceso como coadyuvante de una de las partes, cuando se mantenga con ella una relación jurídica sustancial, y puede verse afectado desfavorablemente si dicha parte es vencida.

4. Que la empresa FIMA S.A. constituye lo que en doctrina se denomina tercero del amparo, al ser parte en el contrato de Compra-Venta de Equipos, Prestación de Servicios y Otorgamiento de Garantías suscrito con la Empresa Hayduk S.A. y sus fiadores, y demandante en el proceso arbitral; por ello, de acuerdo a lo establecido por el Código Civil y por el Código Procesal Civil, tiene pleno derecho a participar en la acción de amparo, de modo que la decisión del Juzgado de no aceptar su integración al proceso viola los mencionados dispositivos y el derecho constitucional de defensa.

5. Que el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal, dado que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción ante supuestos de indefensión y como principio de contradicción en el caso de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.

6. Que, con la decisión del Juzgado de no integrar al tercero del amparo al proceso, se ha lesionado su derecho de defensa, el mismo que le concede protección para no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial. En el presente caso, el estado de indefensión opera en el momento en que se le priva al tercero de su derecho a emplear los medios de defensa y ataque propios, a presentar pruebas, ayudar a la parte y evitar que sea declarada rebelde en el proceso, a interponer los recursos impugnatorios y de alzada que fueren menester, conforme a ley; y finalmente a poder reclamar costas, en caso de que proceda para la parte que ha ayudado.

7. Que, en consecuencia, el tercero se encontró imposibilitado de intervenir con las debidas garantías en el amparo en el que se cuestionaba el proceso arbitral iniciado para hacer valer su derecho de acreencia sobre las obligaciones derivadas del contrato de Compra Venta de Equipos, Prestación de Servicios y Otorgamiento de Garantías suscrito con la Empresa Hayduk S.A y sus fiadores, pese a tener manifiesto interés en los efectos de la sentencia que recaería en el proceso constitucional; por consiguiente, debió haber sido integrado a la relación procesal” (Resolución del Tribunal Constitucional, Exp. N° 187-2002-AA/TC, Lima, 03/06/04).

<sup>166</sup> Ver texto completo de la sentencia en el Anexo N° 1.

que las organizaciones conformadas por personas naturales se integran con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, para actuar en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estas últimas se extienden sobre las personas

Además se señala que, en ese sentido, “entiende el Tribunal que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estos últimos se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación, entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección. Sin embargo, no sólo de manera indirecta, las personas jurídicas de Derecho privado pueden titularizar diversos derechos fundamentales. También lo pueden hacer de manera directa. En dicho caso, tal titularidad no obedece al hecho de que actúen en sustitución de sus miembros, sino en cuanto a sí mismas y, naturalmente, en la medida en que les sean extendibles”.

En cuanto al derecho al honor, tradicionalmente se tiene a éste como un derecho fundamental que corresponde sólo a las personas físicas, sin embargo consideramos que sí alcanza a la sociedad anónima, ya sea como derecho al honor, prestigio, reputación, buen nombre y el derecho a la imagen. De allí que pasaremos a revisar estos derechos y su extensión a la sociedad anónima.

### **1.1. Derecho a la igualdad**

La igualdad ante la ley es un derecho fundamental del ente social indiscutiblemente. Carlos Mesía dice que estamos ante un Derecho típicamente relacional, que no se trasgrede la igualdad en abstracto sino en relación con otros derechos. Señala que la “igualdad se nos presenta así como un Derecho de carácter genérico que se proyecta sobre la totalidad de las relaciones

jurídicas, pero no como un derecho a ser igual que los demás, sino más bien a ser tratado igual en cada relación jurídica (...) la igualdad no solo se configura como un atributo subjetivo de la persona, sino también como un precepto rector del ordenamiento jurídico”<sup>167</sup>.

Al respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional (Expedientes acumulados N<sup>o</sup>s 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC de fecha 29 de agosto del 2007): “Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”<sup>168</sup>.

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

## 1.2. Derecho al honor

---

<sup>167</sup> MESÍA RAMÍREZ, *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*, cit., pp. 102, 103.

<sup>168</sup> STC 0048-2004-PI, Caso Regalías Mineras (f. 60).

El honor, como sinónimo de honra y prestigio (renombre, autoridad, buen crédito e influencia) e incluso reputación<sup>169</sup>, es considerado comúnmente como una cualidad individual del hombre, aquella cualidad que impulsa al hombre a comportarse de modo que merezca consideración y respeto de la gente. El Tribunal Supremo español en la STS de 4 de febrero de 1993, ha declarado que “el honor se encuentra integrado por dos aspectos o actitudes en íntima conexión: el de la inmanencia, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia, formada por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad, y de aquí que el ataque al honor se desenvuelva tanto en el marco interno de la propia intimidad personal y familiar, como en el externo del ambiente social y profesional en que cada persona se mueve”<sup>170</sup>. Esta definición guarda relación con lo señalado por Cabanellas citando a Baralt, que hace una distinción entre honor y honra: “en el primero hay algo convencional y arbitrario, dependiente de las costumbres y de las preocupaciones de cada época y de cada país; en tanto en cuanto la segunda expresa una calidad invariable inherente a la naturaleza misma de las cosas”<sup>171</sup>.

Para Carlos Mesía, resulta “inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de las personas jurídicas. Parece más apropiado en estos casos hablar de prestigio o autoridad moral. Sólo las personas naturales, sean éstas peruanas o extranjeras, son titulares de derecho al honor”<sup>172</sup>, pero De Cupis, refiriéndose a la persona, y no limitándose al hombre, señala que el honor es “la dignidad personal reflejada en la consideración de terceros en el sentimiento de la persona mínima”<sup>173</sup> por lo que no tiene porque hacerse la restricción sólo a la persona física. Entonces el derecho al honor es compatible con la sociedad anónima, específicamente el llamado “honor mercantil”, ya que guarda relación principal y directa con el prestigio de ésta, por cuanto la opinión

---

<sup>169</sup> Aunque el maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO (*La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, cit., pp. 32, 33) indica que el objetivo en ambos es distinto, en el honor se protege el decoro o buen nombre de la persona y en la reputación simplemente el derecho de mantener el secreto de los actos de la vida íntima que a nadie interesa.

<sup>170</sup> FRIGOLA VALLINA, Joaquín/ESCUADERO MORATALLA, José Francisco, *Honor, secreto profesional y cláusulas de conciencia en los medios de comunicación, límites y aspectos jurídicos civiles y penales*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998, p. 282.

<sup>171</sup> CABANELLAS, Guillermo, “Honor”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1979, T. XIV, pp. 470, 471.

<sup>172</sup> MESÍA RAMÍREZ, *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*, cit., p. 114.

<sup>173</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, cit., p. 33.

que se pueda tener es fundamental para la consideración social y tiene una influencia decisiva en el éxito y el desarrollo empresarial. El ámbito de protección del derecho al honor estará en la difusión de cualesquier expresión o hecho relacionado a ella que la difamen o produzcan un menoscabo en la consideración ajena o que afecten negativamente a su reputación y buen nombre.

A manera de referencia tenemos que, en relación al derecho al honor de las personas jurídicas en general, la doctrina del Tribunal Constitucional español ha ido evolucionando desde una inicial posición que les negaba este derecho, invocando el siempre significado personalista o individualista como exclusivo de las personas físicas, hasta un reconocimiento actual de que el ente social puede verse afectado en su honor. Veamos la evolución a la que nos referimos:

- a) STC 107/1988. “El honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales más correcto, desde el punto de vista constitucional, es emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispensa el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública...”<sup>174</sup>.
- b) “Aunque el honor es un valor, referible a personas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas (...). En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe

---

<sup>174</sup> Extracto de la sentencia citado en FRIGOLA VALLINA/ESCUADERO MORATALLA, *Honor, secreto profesional y cláusulas de conciencia en los medios de comunicación, límites y aspectos jurídicos civiles y penales*, cit., p. 53.

excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 Constitución Española. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 Constitución Española. Resulta evidente pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/82)...”<sup>175</sup>.

### 1.3. Derecho a la buena reputación

Este Derecho guarda íntima relación con el derecho a la imagen y con la opinión que de la sociedad anónima se tiene o igualmente ante el descrédito ante terceros. “En el pleno ejercicio del desarrollo de su personalidad, la persona es responsable de su buena reputación. La valoración externa que los demás tienen del sujeto es el resultado de nuestro comportamiento social. Las actuaciones buenas o malas que realizamos sirven para que la sociedad se forme un criterio objetivo respecto de nuestra integridad moral”<sup>176</sup>.

En la ya citada sentencia constitucional nacional (Expediente Nº 0905-2001-AA, 14/08/2002 P, f.j.7) se concluyó, entre otros, que “las personas jurídicas de Derecho privado también son titulares del derecho de buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo”. Aquí algunos extractos de la Sentencia en mención:

---

<sup>175</sup>Extracto de la sentencia citada Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1996, 26-09 (Sala 1ª), Ponente Sr. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera., extraída de FRIGOLA VALLINA/ESCUADERO MORATALLA, *Honor, secreto profesional y cláusulas de conciencia en los medios de comunicación, límites y aspectos jurídicos civiles y penales*, cit., pp. 53, 54.

<sup>176</sup> MESÍA RAMÍREZ, *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*, cit., p. 114.

“Por ello, independientemente de que, como bien ha afirmado la recurrida, los denominados ‘derechos a la banca y a la garantía del ahorro’ no constituyan derechos constitucionales, ni que, en caso de tener la naturaleza de derechos subjetivos, puedan ser susceptibles de protección mediante el amparo, a juicio de este Tribunal, la posibilidad de que los demás derechos alegados puedan ser objeto de algún tipo de lesión, no es consecuencia de que los emplazados hayan difundido noticias inexactas, sino, fundamentalmente, de que se comprometió la credibilidad y la buena reputación<sup>177</sup>. En efecto, por sí misma, la difusión de informaciones no ha generado todos los problemas que se detallan en la demanda, sino el descrédito del que ha sido objeto ante terceros. Es pues, el derecho a la buena reputación, aunque formalmente no haya sido invocado, el que en realidad podría resultar lesionado *prima facie*, y sobre el que, naturalmente, este Tribunal se detendrá a analizar”.

“Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste 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 consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de Derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo”.

#### **1.4. Derecho a la intimidad**

Alude a la “intimidad personal y familiar” emanado de la dignidad humana por lo que de plano se atribuye a la persona física por la zona íntima personal, la confidencial o secreta, la protección a la divulgación de hechos relativos a la

---

<sup>177</sup> El subrayado es nuestro.

vida privada que afecten su reputación y revelación de datos privados. Sin embargo, hoy existe una posición mayoritaria de extender el derecho a la intimidad a las personas jurídicas. Según Gema Rosado Iglesias, “tampoco parece aconsejable rechazar de plano y en todo caso la eventualidad de una cierta protección constitucional de la intimidad de las personas jurídicas; concretamente cuando dada la naturaleza de la persona jurídica y la relación que se establece entre ésta y sus miembros (esto es, las de base personalista), proteger la intimidad del ente moral sirve para proteger, al mismo tiempo (y en ocasiones principalmente), los derechos (en este caso, el derecho a la intimidad), de las personas físicas que integran la colectiva o con las que se relaciona. En este punto, la protección dispensada a favor de la persona jurídica (entendiéndola como titular de un derecho propio) resultaría además instrumental para la garantía y defensa de los derechos individuales”<sup>178</sup>. Es de resaltar que mientras la información que se difunde y viola el derecho a la intimidad tiene carácter de veraz porque se trata de hechos o situaciones que pertenecen sólo a la persona jurídica y que son ciertos, en la vulneración del derecho al honor, la información que se divulga es falsa. Subyace al derecho a la intimidad, el “derecho al olvido” donde puede ser el caso que se da a conocer o se publican hechos de una persona jurídica que son ciertos pero que con el transcurrir del tiempo han cambiado o han sido olvidados.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados) de fecha 29 de agosto del 2007, ha reconocido el derecho a la vida privada a las personas jurídica, tal como se puede verificar en este fragmento:

“6.3. De la alegada vulneración a la vida privada y el contenido de la inscripción (...)

Entonces corresponderá a este Colegiado, determinar si efectivamente dichos contenidos constituyen una afectación al ámbito de protección constitucional de la vida privada de las personas jurídicas. Por tanto, lo relevante es poder determinar correctamente cuál es el ámbito del derecho invocado, y de qué forma se llega a proteger a las personas

---

<sup>178</sup> ROSADO IGLESIAS, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 188.

jurídicas, frente a intromisiones indebidas de parte del Estado o los particulares, ello a partir de los criterios jurisprudenciales establecidos en las STC 0072-2004-AA y 6712-2005-PHC.

Se deberá partir por establecer que la intimidad de las personas naturales comprende una naturaleza similar aunque no idéntica, porque esta última, al proteger un ámbito estrictamente personal, y que como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad. En cambio las personas jurídicas, en principio no son titulares del derecho a la intimidad, en la medida que no pretenden el desarrollo de una personalidad, sino el cumplimiento de sus fines. Son éstos los que no podrían verse afectados por la actuación estatal, que en el caso específico se concreta por el acceso público de los datos consignados a partir de la inscripción en el registro de la APCI.

En torno a este punto deberán realizarse algunas precisiones, sobretodo partiendo que ningún Derecho Constitucional es ilimitado, en consecuencia la vida privada de las personas jurídicas es un límite válido del derecho a la información. Por ello, corresponde fijar algunos contenidos básicos del primero de los derechos mencionados con el fin de controlar jurisdiccionalmente el segundo.

En primer lugar, es menester observar cómo ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico el derecho a la vida privada. En la Constitución, como Derecho-regla base se ha prescrito en el artículo 2º, inciso 7, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2º: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros.

Con respecto al bien jurídico *vida privada* tutelado en la Constitución en relación a las personas jurídicas, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento a la persona jurídica misma y de un grupo reducido, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. Y este concepto de daño es determinante, pues no se trata de verificar únicamente el acceso de un tercero a dichos datos, sino se deberá corroborar si ello trae consigo un daño.

Por lo tanto, la vida privada incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio, prevista en el artículo 2º, inciso 9 de la Norma Fundamental (...).”

### **1.5. Derecho al secreto bancario, reserva tributaria y reserva bursátil**

El secreto o reserva bancaria, tributaria y bursátil, en doctrina, se entiende como una modalidad del secreto profesional o una especie de éste. Entonces, a la par que es un derecho es un deber por parte de la entidad o personas que por su posición deben custodiar la información que reciban sin hacerla pública. Se trata de una prohibición de brindar y difundir información salvo disposición legal o judicial. “El fin de la disposición constitucional es el de proteger bienes jurídicos de naturaleza estrictamente patrimonial. Un cierto sector de la doctrina alemana, por su parte, ha intentado justificar este genérico deber de guardar silencio apelando al principio de la seguridad jurídica...”<sup>179</sup>.

La reserva tributaria es aquella por la cual se garantiza la confidencialidad de las declaraciones, los datos y demás aspectos relativos a la situación económica del ente social, como contribuyente, información que sólo podrá ser utilizada por la administración tributaria, de manera restrictiva y no por toda la administración pública. En doctrina la reserva o secreto entiende que también

---

<sup>179</sup> MESÍA RAMÍREZ, *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*, cit., p. 194.

sería un custodio de la información y tendría el deber de reserva el juez o fiscal que hubiese recibido tal información con motivo del levantamiento.

En cuanto al secreto bancario, el Tribunal Constitucional ha señalado que “forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras. En la medida en que tales operaciones bancarias y financieras forman parte de la vida privada, su conocimiento y acceso sólo pueden levantarse ‘a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado’. A diferencia de lo que sucede con la información pública, en la que la regla es su publicidad y transparencia, y la excepción es el secreto, tratándose del conocimiento de información vinculada a la vida privada de una persona, la regla es siempre el secreto o su confidencialidad, en tanto que su publicidad, sujeta a un control intenso bajo el test de razonabilidad y proporcionalidad, la excepción”<sup>180</sup>.

En caso de la reserva bursátil, se trata de la prohibición de suministrar información sobre compradores y vendedores de los valores cotizados en bolsa, para evitar que en la formación de precios puedan influir factores distintos y que se divulguen detalles sobre operaciones del mercado bursátil sobre las que sólo conocen los funcionarios bursátiles (directores, trabajadores, directivos de la bolsa, etc.). Sólo se podrá dar a conocer los detalles en circunstancias expresamente previstas en la ley, esto es, cuando el Poder Judicial o el Ministerio Público lo requieran, principalmente cuando se trata de procesos vinculados al tráfico ilícito de drogas o lavado de activos. Las normas sobre el particular están previstas en los artículos 45º al 48º del Decreto Supremo Nº 093-2002-EF que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> Exp. Nº 1219-2003-HD, Lima, Nuevo Mundo Holding S.A., del 21/01/04.

<sup>181</sup> **Ley del Mercado de Valores (Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 093-2002- EF).- “Artículo 45.- Reserva de Identidad.-** Es prohibido a los directores, funcionarios y trabajadores de los agentes de intermediación, sociedades administradoras de fondos mutuos de inversión en valores y de fondos de inversión, clasificadoras, emisores, representantes de obligacionistas así como directores, miembros del Consejo Directivo, funcionarios y trabajadores de las bolsas y de las demás entidades responsables de la conducción de mecanismos centralizados, así como de las instituciones de compensación y liquidación de valores, suministrar cualquier información sobre los compradores o vendedores de los valores transados en bolsa o en otros mecanismos centralizados, a menos que se

Así, por ejemplo, si SUNAT requiere conocer la identidad de personas naturales o jurídicas que sean partícipes en fondos mutuos de inversión de valores y fondos de inversión no se accederá a dicho pedido en virtud de lo normado en el artículo 45º del TUO de la Ley de Mercado de Valores, por cuanto están prohibidos de suministrar información.

## **2. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

Indiscutiblemente el tema que se presenta es uno que se encuentra, en cuanto opiniones y posiciones, totalmente dividido. Cuando en algunas oportunidades hemos mencionado el tema del daño moral a la persona jurídica se ha respondido con una sonrisa, y es que al parecer hablar de esa posibilidad no resiste mayor análisis. No hay mayor problema en cuanto a las personas físicas, aun cuando aun está por resolverse el asunto del cuántum indemnizable, pero reconocer que la sociedad anónima puede ser resarcida por daño moral si genera un gran debate. Pero con el debate es que avanzamos y vamos cambiando posiciones y tendencias. Como dice Fernando de Trazegnies, “es preciso desmitificar el campo de estudio. Los mitos son saludables y enriquecedores con relación a esas verdades y a esos conocimientos que no pueden ser expresados sino míticamente. Pero cuando la forma mítica desciende del plano de los grandes misterios de la Divinidad, del Cosmos y del Yo y pasa a sustituirse a la razón o a la observación en los campos propios del análisis crítico o de la comprobación rigurosa de los hechos, entonces el mito se prostituye y se convierte en pseudociencia o en pseudohistoria; en este caso, su función es empequeñecedora y oscurecedora antes que iluminadora y ampliadora de la consciencia. Y sucede que el Derecho es bastante afecto a los falsos mitos, lo que entorpece artificialmente su desarrollo como ciencia social. Uno de los mitos más amados por los juristas

---

cuente con autorización escrita de esas personas, medie solicitud de CONASEV o concurren las excepciones a que se refieren los artículos 32 y 47.

Igualmente, la prohibición señalada en el párrafo precedente se hace extensiva a la información relativa a compradores y vendedores de valores negociados fuera de mecanismos centralizados, así como a la referente a los suscriptores o adquirentes de valores colocados mediante oferta pública primaria o secundaria.

En caso de infracción a lo dispuesto en los párrafos precedentes, los sujetos mencionados, sin perjuicio de la sanción que corresponda, responden solidariamente por los daños y perjuicios que ocasionen”.

consiste en creer que las instituciones jurídicas son eternas, que no tienen comienzo ni fin por que son contemporáneas de la humanidad; comenzaron con el primer hombre y terminarán con el último”<sup>182</sup>.

En primer lugar, se niega el derecho o la posibilidad de reparación del daño moral a una sociedad anónima partiendo de la falta de existencia física, alegándose que es capaz de sufrir o sentir; en todo caso, si algo tiene que reclamar como vulneración, para ello estaría la vía penal o la vía administrativa (por competencia desleal, publicidad engañosa u otras razones). Esta es una posición extrema.

Por un lado se niega toda posibilidad porque se afirma que la persona jurídica no es sujeto de estos derechos sino en todo caso sus asociados y si acciona no será por sí misma sino en representación de sus asociados. Sin duda, son pocos los que reconocen que la persona jurídica, específicamente la sociedad anónima, pueda sufrir un daño moral. Felipe Osterling Parodi, refiriéndose a la ya mencionada STC N° 0905-2001-AA/TC, del 14-08-02, señala que: “El daño moral se puede irrogar no sólo a personas naturales, sino también a personas jurídicas, según lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional. El tema es pacífico cuando se trata de personas naturales. Sin embargo, rápidamente surgen opiniones divergentes cuando se trata de precisar si las personas jurídicas pueden ser indemnizadas por este concepto”<sup>183</sup>.

Si la sociedad anónima, como sujeto de Derecho, tiene reconocidos derechos fundamentales, en cuanto éstos sean compatibles con ella y su objeto social, es indiscutible que una afectación a uno de sus derechos fundamentales le causa un daño, que se encontrará en la esfera del daño moral o si queremos hablar de manera genérica de un daño extrapatrimonial. Si ya se ha reconocido que la persona jurídica tiene un derecho al honor protegido, como derecho fundamental, tendrá derecho a ser resarcido por el daño que ésta afectación le cause.

En el contexto peruano, la judicatura nacional ha asumido la posición extrema de negarle este tipo de reparación a la persona jurídica. En el Pleno

---

<sup>182</sup> TRAZEGNIES, Fernando de, *La responsabilidad extracontractual*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, T. I, pp. 31, 32.

<sup>183</sup> OSTERLING PARODI, “El Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984. Análisis de la transición en responsabilidad por inexecución de obligaciones”, cit., pp. 14, 15.

Jurisdiccional Civil<sup>184</sup> del año 1997 ya hubo un pronunciamiento enfático en el sentido que en daño moral no puede ser sufrido por la persona jurídica<sup>185</sup>. Coincidiendo con Osterling, consideramos que la persona jurídica sí debe ser resarcida por daño moral, siendo necesario hacer algunas precisiones a partir del concepto jurídico que de este daño, como mito, se tiene.

## 2.1. Daño moral

Según Farina, el daño moral es el que afecta alguno de los derechos inherentes a la personalidad (la vida, el honor, la integridad física, etc.), derechos éstos que no son susceptibles de ser traducidos adecuadamente en dinero y se hallan fuera del comercio jurídico. Además, se agrega que la

---

<sup>184</sup> Son foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional. Promueven la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de debate, en los cuales los participantes para su deliberación y fundamentación de criterios, han escuchado la exposición de los expertos en el tema. Esta actividad conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial (<http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/index.asp?opcion=plenos>, 02-08-07, 20 horas).

### <sup>185</sup> Tema 6: La prueba del daño en la responsabilidad civil extracontractual

#### CONSIDERANDO:

Que la indemnización en la responsabilidad civil extracontractual tiene una función resarcitoria o reparadora, antes que punitiva, pues de lo que se trata es que el afectado con el hecho dañoso recobre la situación que tenía antes de la producción de éste.

Que la imposición e indemnizaciones tiene también una finalidad desincentivadora de las conductas productoras de daños.

Que, el Código Procesal [Civil] prevé como medios probatorios los llamados típicos que se relacionan en el artículo 192<sup>o</sup> del mencionado cuerpo de leyes, así como los atípicos mencionados en el artículo 193<sup>o</sup> y los sucedáneos de los medios probatorios regulados en el artículo 275<sup>o</sup> y siguientes del mismo código adjetivo.

Que en la determinación de los montos indemnizatorios existen elementos subjetivos, como las condiciones personales de la víctima y del agente productor del daño.

Que el daño moral está constituido por el sufrimiento, afectación, dolor, preocupación, quebranto espiritual, que sólo pueden ser sufridos por personas naturales.

Que dadas las características del daño moral mencionadas en el considerando anterior, la probanza mediante pruebas directas resulta sumamente complicada sino imposible.

#### El Pleno ACUERDA POR UNANIMIDAD:

Que el daño es una deuda de valor y no una deuda de dinero, y que por lo tanto, en concordancia con la función esencialmente reparadora o resarcitoria de la indemnización, debe buscarse la actualización del monto de la indemnización al momento en que ésta es pagada, de modo tal que el perjudicado vea verdaderamente

satisfecha su pretensión indemnizatoria, recibiendo un importe que efectivamente lo restituya o lo aproxime lo más posible a la situación en que se encontraba antes del hecho dañoso.

*Que para la estimación y cuantificación del daño debe tomarse en cuenta las cualidades personales de la víctima y del agente productor del daño.*

*Que la prueba de los daños es posible a través de los medios probatorios típicos, atípicos y los sucedáneos de los medios probatorios.*

*Que para acreditar el daño moral y su cuantificación basta la prueba indirecta, de indicios y presunciones.*

*Que el daño moral no puede ser sufrido por personas jurídicas...".*

designación de daño material y daño moral ha sido criticada encontrándose más correcta la denominación de daño patrimonial y daño extrapatrimonial<sup>186</sup>. Daño moral proviene del francés “*dammage moral*” y se conceptúa como aquel que no implica una pérdida en dinero, que no hay afectación pecuniaria o disminución patrimonial, siendo asociado con sufrimientos físicos o psíquicos (*pretium doloris*). Elena Vicente nos presenta una clasificación de los daños en atención a la naturaleza del bien dañado, estableciendo dos bloques: los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales o morales. Los daños patrimoniales o económicos, como los denomina, son un conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial. “Son daños evaluables económicamente por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado cuando el daño se ha causado aunque, como se sabe, la indemnización constituye una deuda de valor, lo que significa que debe de determinar el ‘*quantum*’ en el momento de la valorización y no cuando se produjo”<sup>187</sup>.

Los daños extrapatrimoniales o morales son los que recaen en los bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por lo tanto carecen de la posibilidad de ser reparados en sentido estricto. “Se trata de daños a bienes o derechos que no se pueden reponer porque no circulan en el tráfico jurídico, tales como el honor, el dolor, la integridad corporal, la tristeza, la muerte de un ser querido, el nacimiento de un hijo no deseado, y un largo catálogo de supuestos que van integrando poco a poco el contenido de un genérico daño moral (...). Dada su naturaleza no patrimonial, pero siendo al final el dinero el único remedio que puede aplicarse para reparar estos daños, surgen tensiones en su concreción en una determinada suma pues de su correcta reparación a la llamada ‘lotería judicial’ hay un paso. Los usos sociales marcan la pauta del valor de estos perjuicios”<sup>188</sup>. Elena Vicente, en su clasificación, se refiere a los daños extrapatrimoniales o morales, que no están en un nivel de sinónimos sino que el daño extrapatrimonial es el género y el daño moral sería la especie así como también lo sería el daño corporal, siendo este último el que recae en el cuerpo o la integridad física o psíquica de la persona.

---

<sup>186</sup> FARINA, Juan, “Daño irreparable”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1979, T. V, pp. 536, 537.

<sup>187</sup> VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzandi, Pamplona, 2002, p. 74.

<sup>188</sup> VICENTE DOMINGO, “El daño”, cit., p. 80.

Por su parte Trazegnies señala que “el resarcimiento del daño moral no parece ser un dogma de la ciencia jurídica. El tema admite diversos enfoques desde perspectivas muy diferentes: la noción del daño moral es bastante discutida entre los juristas y no todo el mundo está de acuerdo con ella ni de la misma manera”<sup>189</sup>. En primer lugar, este jurista encuentra dos grandes categorías de daño indemnizable: el patrimonial y el extrapatrimonial. En el primero encontramos a su vez sub-categorías de daños económicos como lucro emergente y lucro cesante y como daño extrapatrimonial tenemos al daño moral<sup>190</sup>. Específicamente, en cuanto al daño moral, señala que en *stricto sensu* es aquel que no tiene ningún contenido patrimonial. “Cuando el daño moral puede ser expresado en términos económicos (el costo de la cirugía plástica que reestablecerá el bello rostro herido de una mujer [...]) deja de ser daño moral para convertirse ya sea en daño emergente, ya sea en lucro cesante. Por consiguiente, es preciso distinguir muy claramente entre daño material o patrimonial y el daño moral o extrapatrimonial”<sup>191</sup>, aunque no se excluye que un mismo hecho pueda generar tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales.

Para Scognamiglio no existe debate ya que “considera superada la distinción entre daño patrimonial y no patrimonial, sustituyéndola por daños jurídicamente relevantes y daños morales. Los primeros pueden ser personales o patrimoniales y como tales son resarcibles en todo caso, mientras que los segundos (en el sentido de no patrimoniales) son excepcionalmente relevantes (lo cual tiene sentido en el Derecho italiano, a tenor del art. 2059 del *Codice Civile*, según el cual sólo se resarcan cuando se provean expresamente)”<sup>192</sup>.

Por su parte el maestro Fernández Sessarego no recoge la clasificación de patrimonial y extrapatrimonial, que tendría un sustento patrimonialista, sino que a base de una concepción personalista o humanista, como él mismo la denomina, explica que lo que hay es un *daño subjetivo* o “*daño a la persona*”, que es la que agravia o afecta a los seres humanos considerados en sí mismos siendo éste el que se refiere al ser humano en sí mismo, y el *daño objetivo*, que

<sup>189</sup> TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., T. II, p. 93.

<sup>190</sup> TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., T. I, capítulos II y III, pp. 35/119.

<sup>191</sup> TRAZEGNIES, *La responsabilidad extracontractual*, cit., T. II, p. 94.

<sup>192</sup> ROVIRA SUERIO, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, cit., p. 248.

es el que incide sobre los objetos que integran el patrimonio de las personas, esto es sobre el “haber” del sujeto de Derecho<sup>193</sup>. Luego, agrega que llámesele como se quiera todo daño al ser humano es sencillamente un “daño a la persona<sup>194</sup>” y también un daño al proyecto de vida, precisando que ambos conceptos generales son de reciente elaboración en el Derecho, relacionando ambos daños con el daño moral que es un concepto específico. “El ‘daño a la persona’ encuentra sus orígenes en Italia en la década de los años setenta del siglo pasado aunque la inspiración proviene de Francia, mientras que la noción de ‘daño al proyecto de vida’ fue expuesta públicamente por primera vez a mitad de la década de los años 80 del siglo XX en un Congreso Internacional reunido en la ciudad de Lima”<sup>195</sup>.

El daño a la persona, marcándose distancia con el modelo italiano<sup>196</sup>, señala Fernández Sessarego, tiene en cuenta la estructura ontológica del ser susceptible de ser dañado, ser humano como unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad, incorpora dos daños, el primero es el daño psicosomático y el segundo el daño al proyecto de vida o a la libertad fenoménica, no existiendo en su criterio ningún otro aspecto de la persona susceptible de ser dañada. El daño psicosomático está representado por “todas o cualquiera de las lesiones inferidas tanto al soma, o cuerpo en sentido estricto, como a la psique. En cuanto ambos aspectos del ser humano constituyen una inescindible unidad, los daños somáticos repercuten, necesariamente y en alguna medida, en la psique y los daños psíquicos, a su vez, tiene incidencias somáticas. Los daños a la estructura psicosomática de la persona generan, indistintamente, consecuencias tanto patrimoniales como no patrimoniales. Ello depende del hecho que tales consecuencias puedan o no

<sup>193</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, en ESPINOZA ESPINOZA, Juan (Dir.), *Responsabilidad civil: nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, Palestra, Lima, 2005, pp. 136, 137.

<sup>194</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, cit., p. 132.

<sup>195</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, cit., p. 115.

<sup>196</sup> Comprende los daños que inciden o lesionan la estructura psicosomática del ser humano y se conocen indistintamente como daños a la salud o daño biológico. En este último, según señala el maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO (“Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, cit., p. 119), al lado de los daños psicosomáticos se considera al mal llamado “daño moral” en sentido estricto, es decir, en tanto perturbaciones psíquicas emocionales y no patológicas, dolor, sufrimiento y en el modelo italiano se denominan también “daños no patrimoniales”.

ser valorizadas en forma inmediata y directa en dinero<sup>197</sup>. Constituyendo el daño moral un daño emocional se comprende en el daño psicosomático al “mal llamado daño moral”. Por otro lado, el daño a la persona es aquel que afecta el propio ser del ente humano, su libertad, entendiéndose la libertad como aquella que se extrovierte o exterioriza, actos libres encaminados hacia la realización de un cierto proyecto de vida, pudiendo ser la consecuencia del daño el retardo o menoscabo o frustración total hasta la pérdida del sentido de la vida, implicando consecuencias graves tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial.

Por su parte, el daño moral no es una categoría autónoma o diferente del daño a la persona sino un aspecto del daño psíquico y se trata de una lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional. “De ahí que, a la altura de nuestro tiempo, carece de significado seguir refiriéndose obstinadamente a un supuesto de daño ‘moral’. Lo que se daña son los principios morales de una persona (...) causa en la persona que lo sufre, perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas”<sup>198</sup>. Ante ello estaríamos ante un tradicional concepto de daño moral y una connotación que no es la adecuada, porque como señala el maestro Fernández Sessarego de lo que se trata es de un daño a principios morales de una persona y si eliminamos las perturbaciones psíquicas, tenemos que la persona jurídica también tiene principios morales y éticos.

La idea en este capítulo no es presentar una fórmula que resuelva cuál de las clasificaciones es más acertada, sin embargo, habiendo revisado diferentes posiciones no podemos dejar de asumir la nuestra. Acorde con nuestra consideración que a una sociedad anónima sí debe repararse por el daño extrapatrimonial, coincidimos con la clasificación daños patrimoniales o extrapatrimoniales, toda vez que un daño causado produce ambas consecuencias. No es que el objeto de reparación sea el patrimonio sino de lo que se trata es que lo sea el sujeto de Derecho.

---

<sup>197</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, cit., pp. 122, 123.

<sup>198</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, cit., p. 124.

Nosotros nos suscribimos a la posición de Osterling Parodi, quien señala que para “estos efectos, es preciso adoptar la noción de daño moral en sentido amplio, entendiéndolo como toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de Derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. De acuerdo con este concepto, son derechos extrapatrimoniales o morales aquellos que tienen por objeto la protección de bienes o presupuestos personales que componen lo que la persona es. Esta acepción de daño moral abandona el anquilosado concepto que entiende a esta institución como la repercusión psicológica producida en el sujeto pasivo por un hecho ilícito, la cual se manifiesta como dolor y sufrimiento (*premium doloris*), humillación, el ‘*pain and suffer*’ del derecho anglosajón, etc. En este orden de ideas, los daños morales surgirán de la violación de un Derecho extrapatrimonial, sin necesidad de entrar a indagar la existencia de un particular estado emotivo del sujeto pasivo”<sup>199</sup>.

Si como lo hemos señalado tantas veces la sociedad anónima tiene derechos fundamentales reconocidos nada impide que tenga el derecho a que se repare por el daño extrapatrimonial que se le puede irrogar, no existe justificación para negársela.

A propósito, cuando hemos tratado el derecho al honor hicimos algunas referencias a soluciones constitucionales en España, ahora agregamos que en el progresivo reconocimiento de los derechos, se hizo una distinción entre personas jurídicas con sustrato personalista representado por una colectividad de individuos (*universitas personarum*) y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del sustrato patrimonial (*universitas bonorum*)<sup>200</sup>, y se diferenció la una de la otra. No existía razón para distinguir donde la ley no distingue, restringiendo la interpretación hasta excluir a la persona jurídica de sustrato patrimonial, esto es, a la sociedad anónima, entre otras. Luego el tribunal español, en 1992, superando la posición primigenia, en una sentencia del 15 de abril reconoce el derecho de las personas jurídicas pero considerando el derecho al honor con un carácter personalista y establece que es “cierto que el

---

<sup>199</sup> OSTERLING PARODI, “El Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984. Análisis de la transición en responsabilidad por inejecución de obligaciones”, cit., pp. 14, 15.

<sup>200</sup> ROVIRA SUERIO, *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, cit., p. 270.

derecho al honor reconocido como fundamental en el art. 18.1 de la Constitución de 1978 deriva de la dignidad humana, dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, que fundamentan el orden político y la paz social —art. 10.1— y consiguientemente presenta, en su concepción estricta, un innegable carácter personalista, pero no excluye la extensión de su garantía constitucional a las personas jurídicas y, en concreto, a las sociedades mercantiles, como es el caso que nos ocupa. En efecto, admitido que el prestigio profesional de la persona física de protección no existe razón para excluir de la misma el prestigio de la sociedad mercantil en el desenvolvimiento de sus actividades, pues, si bien en cuanto al honor afecta a la propia estimación de la persona —carácter inmanente— sería difícil atribuirlo a la persona jurídica societaria, no ofrece grave inconveniente entender que, en su aspecto trascendente o exterior, que se identifica con el reconocimiento por los demás de la propia dignidad, es igualmente propio de aquellas personas jurídicas que pueden gozar de una consideración pública”.

Una mayor inclinación al reconocimiento se da en 1995, en la sentencia del TC 139/1995, señalando que si “el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea una colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger fines para los que han sido constituidas. Ya se reconoce a la persona jurídica una legitimación por sí misma y como titular de derechos fundamentales.

Por su parte, en la Sentencia del TC del 26-03-96 se señala que “el aspecto exterior del derecho al honor está presente también en las personas jurídicas respecto a las cuales, por ende, ha de predicarse el cobijo de la normatividad que veda el ataque al mismo, en tanto en cuanto inequívocamente se constate que ha sufrido una sensible agresión desde el desbordamiento de la libertad de expresión, a la dignidad que, como respecto de los demás, tiene derecho a ostentar y defender en la esfera del ámbito mercantil o civil que desenvuelven su cometido, conclusión que se decanta — con la reserva de su consideración caso a caso que permita apreciar el sinfín de matices posibles— del lado de la protección del honor de las personas jurídicas en cuya defensa no puede olvidarse el factor añadido del carácter

personalista del ente moral unas veces, el limitado grupo de componentes o estrecho círculo en que se desenvuelven, circunstancias que hacen inevitable la trascendencia de la ofensa a las personas individuales que integran el ente social, así como el hecho comprobado de que las más sutiles agresiones al honor individual maduran, a la sombra de la que se llega a cabo poniendo gravemente en entredicho la conducta del ente social del que conocidamente, forma parte de la víctima elegida, actuando así sobre ésta por elevación que aporta un atractivo más a la abrasiva crítica vertida”.

Finalmente, tenemos como consagración de los derechos reconocidos tanto a los entes sociales personales como a los entes sociales de capitales, sin distinción alguna, en la Sentencia del TC del 09 de octubre de 1997 exponiendo que “el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible, no se puede ofender a una persona física ni tampoco a una jurídica; una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (*universitas personarum*), sea de tipo patrimonialista (*universitas bonorum*)”<sup>201</sup>. Como dice Galgano, de lo que se trata no es de cautelar el derecho de honor de un sujeto ulterior respecto a la persona de sus miembros, sino de reconocer la existencia de una forma ulterior que el derecho al honor puede asumir. “Así, por ejemplo, a la luz de esta construcción doctrinal, si una empresa constituida por los socios A y B es difamada y pretende defenderse, tendremos que el derecho al honor que se ejercita no es el de un sujeto diferente a A y B, no es, por lo tanto el honor de AB. Tampoco se trata del honor de A por un lado y del de B por otro, el derecho al honor será el de A y B, no varía el sujeto, lo que sí varía es su contenido que queda supeditado a las reglas de la organización del grupo”.

En este tema específicamente, el maestro Osterling Parodi entiende que el Tribunal Constitucional, en la tan comentada sentencia N° 0905-2001-AA/TC del 14-08-02, reconoce el derecho al daño moral a la persona jurídica<sup>202</sup>, sin

---

<sup>201</sup> Acá ya no se hace la distinción primigenia entre ente social de carácter paternalista y patrimonial, la protección es para ambos. Sólo a manera de ilustración, *universitas* es el conjunto de personas o de cosas considerado como una unidad, donde *universitas personarum* son las asociaciones o corporaciones y la *universitas bonorum* son los bienes o el patrimonio.

<sup>202</sup> “El daño moral se puede irrogar no sólo a personas naturales, sino también a personas jurídicas, según lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional. El tema es pacífico cuando se trata de personas naturales. Sin embargo, rápidamente surgen opiniones

embargo, ello hay que tomarlo con prudencia ya que el Tribunal Constitucional no lo establece expresamente, aunque sin duda puede inferirse que al reconocer derechos fundamentales y el agravio que puede haber ante su vulneración, la consecuencia es el derecho a la reparación por un daño extrapatrimonial. Podría llegarse a esta conclusión a partir de un fragmento del fallo cuando señala que: “En consecuencia, considera que la pretensión debe desestimarse, dejándose a salvo el derecho de la recurrente para que, de ser el caso, ejerza su derecho de rectificación o, en su momento, haga valer sus derechos en la vía civil o penal, conforme a ley”, ya que en la vía civil podrá solicitar la indemnización por daño patrimonial y también por daño extrapatrimonial.

No es suficiente afirmar que la persona jurídica no tiene sentimientos, ni afecciones psíquicas o no padece dolor para excluirla de los alcances del daño moral ya que conceptos como el honor, la imagen y su posible deterioro, pueden perfectamente generar daños morales y la legitimidad activa de su defensa corresponder, también a las personas jurídicas<sup>203</sup>, lo que sí tiene que superarse es el no saber cómo reparar el daño moral ya que uno “de los varios problemas que afrontan nuestros tribunales al momento de emitir una sentencia en materia de responsabilidad civil es el referido a la reparación del daño extrapatrimonial; el problema se debe en gran medida a la inexistencia de criterios guías que establezcan referentes y posibiliten tener cierta uniformidad en la fijación del quantum indemnizatorio. El problema se complica aún más cuando ni siquiera la reparación misma del daño moral es aceptada y, en muchos casos, aun cuando se acepte, no se sabe si la reparación patrimonial es la más conveniente”<sup>204</sup>.

Como reflexión y conclusión final de este capítulo decimos que “tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y el desarrollo del comercio como a los seres humanos el honor [*sic*], y por ende cuando de algún modo ilícito e injusto se atenta por alguien, comerciante o no, ya de palabra, ya por

---

divergentes cuando se trata de precisar si las personas jurídicas pueden ser indemnizadas por este concepto”.

<sup>203</sup> MARCOS OYARZÚN, Francisco Javier, *Reparación integral del daño. El daño moral*, Bayer Hnos., Barcelona, 2002, p. 133.

<sup>204</sup> LA REDACCIÓN, “Indemnización del daño extrapatrimonial. Problemas en la valoración de los medios probatorios para resarcir el daño extrapatrimonial”, en *Actualidad Jurídica*, T. 136, Lima, 2005, p. 69.

escrito y por la Prensa u otro medio de publicación al crédito o al honor, aparte del delito que tales atentados pueden constituir, es palmario que los Tribunales de Justicia a ello requeridos deben intervenir, y reconocer y declarar el derecho de los perjudicados, de los injuriados, a ejercitar la acción civil (...) y, por tanto, este Supremo Tribunal (...) ha establecido principalmente a partir del año 1912 (...), el valor moral y material que representa el crédito y la buena fama para los comerciantes, en cuantos casos, como el presente recurso, se ofrezcan a su decisión para determinar si es o no procedente la reparación y la indemnización pedidas y en qué proporción podrán ser reconocidas y otorgadas, que es a lo que en rigor se contrae el pleito entre la Sociedad Anónima CLI demandante...<sup>205</sup>.

Manteniendo la posición tradicional, de sufrirse efectivamente un daño al prestigio y reputación, una sociedad anónima por ser una persona jurídica, y un ente social de capitales, no tendría derecho a que se repare el daño extrapatrimonial, a manera de daño moral, sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que sufra en el tráfico comercial. Ello sería atentatorio del derecho a la igualdad y a la tutela jurisdiccional.

Podemos mencionar la decisión contenida en la sentencia casatoria N° 3127-98-Lima, del 03/06/99<sup>206</sup> acerca del recurso presentado por la empresa EMTRAMSMA contra la sentencia que ordena pagar a la empresa de Transportes y Turismo Santa Anita la suma de diez mil nuevos soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios más intereses en un proceso sobre responsabilidad extracontractual.

Se probó que la empresa de Transportes y Turismo Santa Anita siguió un procedimiento para que cesen actos violatorios de la propiedad intelectual, y siendo notificada EMTRAMSMA por el INDECOPI para que se abstenga de seguir utilizando un logotipo o distintivo (franja de colores) no se abstuvo de hacerlo, creando con esta actitud confusión en el público usuario que utiliza dicho servicio de las unidades vehiculares de la demandante, ocasionándose daño susceptible de ser indemnizado. Si bien de la lectura de esta resolución no podemos afirmar que se haya reconocido expresamente un daño

---

<sup>205</sup> ROSADO IGLESIAS, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 199, 200.

<sup>206</sup> El texto completo de la resolución puede leerse en el Anexo N° 2

extrapatrimonial, consideramos que ello está implícito, con lo que sería un avance de tutela jurisdiccional efectiva. De igual forma se puede ir por la vía penal por la comisión de delito contra el honor, ya que como sujeto pasivo, el ente social, no está excluido por ser titular del derecho fundamental<sup>207</sup>.

Por otro lado, y a manera de ilustración, tenemos una decisión del INDECOPI sobre actos de competencia desleal en las modalidades de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena, previstas en los artículos 8º y 14º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Se trata de la Resolución N° 1091-2005/TDC-INDECOPI en un procedimiento seguido entre Bembo's S.A.C. (Bembo's) y Renzo's Pollería Restaurant Snack S.R.L (Renzo's)<sup>208</sup>. En este caso se acreditó que Renzo's infringió la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y se le impuso una amonestación. En este caso particular, el INDECOPI ha determinado infracción a la ley por confusión y aprovechamiento de la reputación ajena. ¿No tendrá Bembo's legítimo interés moral para acudir en busca de tutela al órgano jurisdiccional a pedir una indemnización?

Por otro lado, algunas veces se difunden anuncios en medios de comunicación o en internet, que por considerarse información falsa, motivan rechazo de los entes sociales que se ven afectados en su derecho al honor, a la buena reputación e imagen. ¿Acaso no tendrían derecho a una reparación por daño extrapatrimonial?

---

<sup>207</sup> NAGAZAKI SERVICIÓN, César Augusto, "El filtro de imputación objetiva adecuación social en el ámbito de los delitos contra el honor", en *Cuadernos Jurisprudenciales*, suplemento mensual de *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 2, N° 16, Lima, 2002, p. 4.

<sup>208</sup> El texto completo puede leerse en el Anexo N° 3

CLUB TENNIS LAS TERRAZAS MIRAFLORES  
RECHAZA FALSAS IMPUTACIONES

Por respeto a nuestros asociados, nos vemos en la natural necesidad de rechazar las publicaciones aparecidas simultáneamente en algunos diarios, sobre una supuesta acción judicial por el incumplimiento de pago a Berlín Group EIRL que irresponsablemente dañan la imagen de nuestra institución.

El Club Tennis Las Terrazas Miraflores suscribió en el año 2004 con Berlin Group EIRL un contrato para la captación de nuevos asociados bajo condiciones establecidas por ambas partes. Estas condiciones no fueron atendidas a satisfacción del club. Al vencimiento del contrato, Berlin Group EIRL sólo captó 13 asociados, cuyas comisiones fueron enteramente pagadas.

El Club Tennis las Terrazas Miraflores enmarca sus acciones en el derecho y también en la custodia de sus legítimos intereses y el de sus asociados.

Estas publicaciones no podrán dañar la sólida imagen muy bien ganada en nuestros 88 años de vida institucional así como los venideros que estará siempre en manos de buenos terracinos.

El Consejo Directivo

(Anuncio publicado en el mes de agosto en el diario *El Comercio*)

Sent: Wednesday, November 22, 2006 6:12 PM

Subject: AVISO!

EL DÍA DE AYER POR LAS NOTICIAS SALIÓ EL REPORTAJE DE UN EMPLEADO DE LA FÁBRICA DE JUGOS PULP QUE RESENTIDO POR LOS TRATOS DE SUS ADMINISTRADORES POR EL HECHO DE SER UNA PERSONA CON VIH SE CORTÓ LAS VENAS Y VERTIÓ SU SANGRE EN LOS TANQUES DONDE SE ENCUENTRA EL PRODUCTO. ESTO ES VERÍDICO, ASÍ QUE A LOS ADICTOS A ESTE REFRESCO TAN DELICIOSO POR UN BUEN TIEMPO Y REPETIMOS POR UN BUEN TIEMPO SE ABSTENGAN DE CONSUMIR ESTA BEBIDA "PULP". POR FAVOR REENVÍEN ESTE MENSAJE A TODAS LAS PERSONAS QUE CONOZCAN Y QUE APRECIEN.

(Difundido por Internet).

## Capítulo Quinto

### SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

“La primera pregunta es: ¿por qué responsabilidad civil?  
¿No debería ser responsabilidad comercial o mercantil?  
¿Podríamos hablar, en todo caso, de responsabilidad  
empresarial? ¿Por qué civil?”

Ricardo Beaumont Callirgos<sup>209</sup>

Para poder hablar de la responsabilidad tanto jurídica como ético-social de la sociedad anónima, como persona jurídica, es conveniente que previamente revisemos cómo es que el ente social forma y manifiesta su voluntad y cómo actúa, ya que no debemos olvidar que para ser responsable por un daño debe haber una conducta antijurídica. Por ello, previamente, es necesario referirnos a la estructura orgánica de la sociedad anónima, esto es, a sus órganos de gobierno, de administración y de gestión, además de tratar el tema de la representación societaria. Recordemos que nuestro ordenamiento acoge la teoría del órgano respecto a la sociedad, como persona jurídica, “que quiere decir que los actos que realiza no le son atribuidos como suyos, que no producen consecuencias para él, sino que son imputados a un algo que está ‘más allá’ que él”<sup>210</sup>.

Ávila Navarro nos dice que los órganos de la sociedad anónima son de dos clases: uno, el órgano de soberanía, que delibera y decide libremente sobre los asuntos sociales, ocupando el primer lugar jerárquico entre los órganos de la sociedad; y el otro, el órgano de gestión y representación, al que se encomienda, bajo la dependencia del órgano soberano, la gestión de la sociedad y su actuación externa<sup>211</sup>.

En cualquier caso lo que se espera de los órganos societarios es que actúen teniendo como norte el interés social<sup>212</sup>, esto es, identificándose con el interés de los accionistas.

---

<sup>209</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “La responsabilidad del Directorio y de los directores en las sociedades anónimas”, en *Estudios de Derecho Societario. Libro Homenaje a Enrique Elías Laroza*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 30.

<sup>210</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 707.

<sup>211</sup> ÁVILA NAVARRO, Pedro, *La Sociedad Anónima*, Bosch, Barcelona, 1997, T. II, p. 479.

<sup>212</sup> Es interesante poner en relieve que este interés social que se identifica básicamente con el interés del accionista tiende a mutarse con una orientación a la cultura corporativa, lo que

## 1. JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

Los accionistas son el elemento personal y esencial de toda sociedad anónima, como principio universal, ya que no puede haber sociedad anónima sin accionistas y por ende sin Junta General de Accionistas. Éste es el órgano soberano, o también conocido como órgano de propiedad con la atribución de fijar las pautas generales de orientación, de desarrollo del ente social y de aprobación y control de la gestión. Así como “los estatutos son la constitución o ley fundamental de la sociedad anónima, los acuerdos de sus juntas son leyes que han de acatarse por todos los órganos y socios de la sociedad”<sup>213</sup>. Sin embargo, el hecho que sea soberano<sup>214</sup> no quiere decir que pueda gobernar con atribuciones absolutas, como para imponer su voluntad o invadir funciones que le son atribuidas a los órganos de gestión y administración, los que de alguna manera gozan de autonomía en el ámbito de su competencia.

Buscando una definición de Junta General de Accionistas, recurrimos a la Ley General de Sociedades, la que en su artículo 111<sup>o</sup> establece que: “La Junta General de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en Junta General debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la Junta General”. Resaltamos los términos: “debidamente convocada”, por cuanto no se trata de cualquier reunión de accionistas sino de una *reunión formal*, para lo cual se deben haber cumplido las exigencias y formas previstas en la norma societaria; caso contrario no tendrá la calificación de Junta de General. Luego tenemos “asuntos propios de su competencia”, lo que quiere decir que las atribuciones, deberes y funciones de los órganos sociales están determinados y delimitados, por lo tanto no deberá haber confusión, por ejemplo, respecto a las que corresponden al Directorio como gestor social.

---

verificamos en la introducción de las prácticas de buen gobierno corporativo (MONTROYA ALBERTI, Hernando, “Las prácticas del buen gobierno en las sociedades”, en *Ius et Praxis*, N° 34, Lima, 2003, p. 118).

<sup>213</sup> ÁVILA NAVARRO, *La Sociedad Anónima*, cit., T. II, p. 480.

<sup>214</sup> Soberano significa “el que gobierna sobre otros”.

En la Ley N° 16123 se hablaba de Junta General ordinaria<sup>215</sup> y extraordinaria<sup>216</sup>, atendiendo a la oportunidad en la que se realizaba ésta; si era al final del ejercicio se denominaba *ordinaria* y en cualquier otro momento era *extraordinaria*. La diferencia entre la Junta General ordinaria y la extraordinaria estaba en la materia o competencia sobre los asuntos a ser tratados, sin embargo, se podían celebrar ambas Juntas simultáneamente.

Hoy, en la vigente Ley General de Sociedades no existe tal distinción y sólo existe la Junta General de Accionistas, con la excepción prevista en el artículo 114 respecto a la junta obligatoria anual que es la que se realiza anualmente dentro de los tres primeros meses siguientes al término del ejercicio económico. A su vez, en el artículo 113<sup>o</sup> está regulada la convocatoria a Junta General, cuando por ley corresponda, esté previsto en el Estatuto o lo acuerde el Directorio, según el interés social o lo requiera un número determinado de accionistas. Tanto la junta anual obligatoria como las demás son exigibles y tienen la misma relevancia societaria siendo que la diferencia sólo está en la motivación y el objeto de la convocatoria.

Sin perjuicio de lo señalado, también están las juntas universales y las juntas especiales, mereciendo particular importancia y referencia la junta universal que según el artículo 120<sup>o</sup> de la Ley General de Sociedades es una “forma de subsanar las deficiencias que podría traer la convocatoria de la Junta General, en la medida en que se encuentren presentes los socios que representen la totalidad de las acciones o participaciones y se acepte la celebración de la junta y los temas pendientes a tratar. Esto se debe a que el rol que cumple las formalidades de la convocatoria es la de garantizar los derechos de los socios, y que al encontrarse reunidos la totalidad de ellos y al

---

<sup>215</sup> Tratan específicamente sobre temas no reservados a las juntas generales extraordinarias. La sociedad debe, al menos, celebrar una Junta General ordinaria anualmente, a efectos de revisar la gestión social así como para aprobar las cuentas y el balance general del ejercicio. Esta junta debe celebrarse necesariamente dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico anual. Además de esta junta anual, otras juntas generales tanto ordinarias como extraordinarias pueden ser convocadas en cualquier momento, en la forma que ya se ha indicado.

Los temas a tratar en las juntas generales ordinarias incluyen la aprobación del balance general, la distribución de las utilidades, la fijación de las remuneraciones del Directorio y del consejo de vigilancia, la elección de los miembros del Directorio y la discusión de cualquier otro asunto requerido por la Ley y los estatutos.

<sup>216</sup> Los asuntos a ser considerados en esta clase de junta son con respecto a la remoción del Directorio y del consejo de vigilancia, la modificación de los estatutos, el aumento o la reducción de capital, la emisión de bonos, la aprobación de investigaciones y auditorías, las reestructuraciones internas, las fusiones, las disoluciones y la liquidación.

haber expresado su voluntad de celebrar la junta se estaría subsanando cualquier error en la convocatoria a la Junta General, por lo que se pasaría a celebrar una Junta Universal”<sup>217</sup>. Resaltamos que su importancia es que a través de ella pueden subsanarse omisiones, ratificarse o complementarse acuerdos de otras Juntas Generales, sin la rigurosidad formal que exigen estas últimas. Respecto a las diferencias entre Junta General y Junta Universal la encontramos en la convocatoria previa, la misma que no se da en Junta Universal pero sí necesariamente en Junta General y en cuanto a la asistencia de los socios a Junta Universal, para su validez, deben concurrir los socios que representen la totalidad de acciones o participaciones y la celebración de la Junta General será válidamente celebrada cuando concorra la mayoría establecida por el Estatuto de la sociedad.

Finalmente, respecto a la Junta Especial, regulada en el artículo 132º de la norma societaria, y que en doctrina también se llama “Junta de las acciones afectadas”, ésta se realiza cuando se trate de modificaciones estatutarias que afecten a una clase especial de acciones o a los intereses de sus tenedores.

## 2. DIRECTORIO

En el Título II de la Sección Cuarta del Libro Segundo de la Ley General de Sociedades está prevista que la “Administración<sup>218</sup> de la Sociedad”<sup>219</sup> es la encargada de la gestión, sin más limitaciones que las establecidas en la ley o dentro de lo que ésta permite por los estatutos. Uno de estos administradores de la sociedad anónima es el Directorio. El artículo 153º establece que el “Directorio es el órgano colegiado elegido por la Junta General. Cuando una o más clases de acciones tengan derecho a elegir un determinado número de directores, la elección de dichos directores se hará en junta especial”. El

<sup>217</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Validez de acuerdos adoptados en Junta Universal de Socios”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 107, Lima, 2007, p. 142.

<sup>218</sup> “El origen del administrador de la sociedad se remonta a la Edad Media. Esta institución nace de la necesidad que tenían los comerciantes de contar con una persona que se encargara de las ventas en localidades lejanas. Así, al dueño del negocio le resultaba imposible o sumamente complicado y costoso estar presente en todo el proceso comercial, debiendo delegar algunas funciones en terceros de su confianza, elemento que, si bien sigue siendo importante, ha ido evolucionando en el tiempo” (REY BUSTAMANTE, Alonso/ TRELLES CASTRO-MENDIVIL, Jorge, “El gerente general”, en AA.VV., *Tratado de Derecho Mercantil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, T. I, p. 623).

<sup>219</sup> ÁVILA NAVARRO, *La Sociedad Anónima*, cit., T. II, p. 625.

Directorio está integrado por un mínimo de tres miembros quienes necesariamente deben ser personas físicas elegidas por sus calidades y cualidades personales. Hay directores titulares, alternos y suplentes, estos últimos para sustituir al director titular en caso de ausencia o impedimento transitorio. La diferencia entre el alterno y suplente está en que el primero puede participar alternativamente cuando esté impedido o incapacitado un miembro titular, mientras que el segundo actúa cuando hay una vacante (en este caso, asume el primer suplente y así sucesivamente).

No cabe duda que el cargo de Director es un cargo remunerado y de confianza por lo tanto, basta que ésta le sea retirada en el momento que fuese para que proceda su separación. Si bien la elección del Directorio corresponde a la Junta General de Accionistas, donde el Directorio es un órgano subordinado a la Junta General, se trata solamente de una sumisión funcional por la estructura societaria, no siendo correcto, como a veces se piensa o señala, que el Directorio se debe a la Junta General y a sus intereses particulares.

Es regla que la junta “queda excluida en principio de las funciones de gestión y representación, que corresponde a los administradores (...) precisamente por el carácter interno de estas facultades gestoras de la junta, puede decirse que los administradores no están estrictamente obligados a obedecer las instrucciones, y si las desobedecen no incurrir en responsabilidad por ese solo hecho (puede que ocurra lo contrario, ya que si causan un daño a la sociedad o a terceros (...) en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General): el único riesgo que corren con su rebeldía es que la próxima junta acuerde su separación y la sustitución por otros administradores; para esa sustitución la junta no necesita más mayoría que la que necesitó para impartir instrucciones”<sup>220</sup>. Por otro lado el Tribunal Registral ha establecido lo siguiente: “Excepto los asuntos que la ley o el Estatuto le atribuyan a la Junta General u otro órgano o excluyan expresamente de la competencia del Directorio, dicho órgano social se encuentra facultado para realizar todo tipo de actos, inclusive los de

---

<sup>220</sup> ÁVILA NAVARRO, *La Sociedad Anónima*, cit., T. II, p. 485.

disposición”<sup>221</sup>. Además de estar normalmente prescrito en la norma, en el ámbito comercial es esencial el principio de buena fe y lealtad son su soporte. Los directores ejercen el cargo con la diligencia de un reservado y ordenado comerciante y de un representante leal, entonces como señala Ricardo Beaumont Callirgos: “Definir qué se entiende por ordenado comerciante y qué por representante leal no es tarea sencilla. El estudio de la responsabilidad en la actuación y desempeño de los directores, administradores y gerentes es muy importante. En la expresión ‘con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal’ se presentan a la vista tres elementos, pero uno de ellos es clave: la diligencia. Persona diligente es quien reúne inteligencia y empeño en el cumplimiento de las metas propuestas, quien realiza todo lo necesario o conveniente para llevar adelante una obra (...). El deber de lealtad, enseña el profesor Verón, radica fundamentalmente en la prohibición de realizar actos por cuenta propia y/o ajena en competencia con la sociedad de la que se es director y proceder en la función administradora a favor del interés social, de su objeto y de la actividad necesaria par cumplirlo”<sup>222</sup>.

En relación al Directorio los temas que son de especial relevancia y debate son los de la responsabilidad y, también si los acuerdos de este órgano de gestión son impugnables o solamente la ley ha previsto que lo sean los acuerdos de Junta General. Acerca de la responsabilidad nos encargaremos más adelante y sobre la impugnabilidad de los acuerdos, una posición mayoritaria sostiene que éstos no son impugnables, sin embargo, a decir de Beaumont Callirgos: “El artículo 38º de la Ley General de Sociedades es fuente para solicitar la declaración de nulidad, anulabilidad e impugnación de actos y acuerdos societarios en general, y por cierto, podría también aprovecharse para la nulidad del acuerdo del Directorio. Es verdad, pero los magistrados deberán evaluar cada situación y circunstancia para declarar fundada la pretensión en su momento, evitando que su injerencia cause daño a un centro de trabajo”<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> Criterio adoptado en la Resolución Nº 021º-2002-ORLC/TR del 18 de enero del 2002, publicada el 04/02/02 (I Pleno, sesión ordinaria realizada los días 13 y 14 de setiembre de 2002. Publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 22/01/02).

<sup>222</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, cit., p. 427.

<sup>223</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “¿Se pueden impugnar los acuerdos del Directorio?”, en *Actualidad Jurídica*, T. 136, Lima, 2005, p. 253.

Es evidente que si el objeto de todo proceso es alcanzar la paz social en Justicia, resolver un conflicto de intereses una incertidumbre jurídica, corresponde al órgano jurisdiccional, de acuerdo a la naturaleza de los petitorios y la materia controvertida, decidir el Derecho que corresponde, ponderando cada caso concreto.

### 3. GERENCIA

Se trata de órgano interno de administración, representativo y ejecutivo a la vez, producto de la propiedad y la gestión; es la respuesta a una necesidad de especialización y profesionalismo en la administración de una sociedad. Como bien señala Enrique Elías “el trabajo de la Gerencia General se circunscribe a la ejecución de los actos que exige la correcta conducción de los negocios”, y para lograr la correcta conducción es necesario que el gerente general no sea cualquier persona, sino una persona con las cualidades y los conocimientos necesarios para enfrentar el día a día de la empresa<sup>224</sup>, que tiene responsabilidad no sólo de velar por el cumplimiento de los acuerdos de la Junta General y del Directorio, sino también por la eficiente marcha de los negocios societarios. La sociedad anónima necesariamente tiene que contar con un Gerente General cuyas funciones, al igual que las del Directorio y de la Junta General, están delimitadas y determinadas por la ley y el Estatuto.

Si el Directorio es elegido por la Junta General, el Gerente o gerentes, administradores de la sociedad, son elegidos por el Directorio, lo que no excluye que en el Estatuto se pueda atribuir esta facultad a la Junta General de Accionistas.

La duración del cargo de gerente es por tiempo indefinido, salvo que el Estatuto señale un plazo. A diferencia del Directorio, la Gerencia puede estar ocupada por una persona jurídica, sin embargo ésta deberá nombrar una persona natural que la represente.

---

<sup>223</sup> ROSADO IGLESIAS, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 199, 200.

<sup>224</sup> REY BUSTAMANTE/ TRELLES CASTRO-MENDIVIL, “El gerente general”, cit., p. 624.

#### 4. REPRESENTACIÓN SOCIETARIA

La representación, en general, es la ejecución de actos, ante terceros, con fidelidad, lealtad y “en nombre de la sociedad”. En materia societaria la representación tiene una importancia relevante por cuanto fija la extensión de la responsabilidad de la sociedad para con terceros, por tanto los efectos y consecuencias de los actos recaen en el representado. Es la ley la que establece qué órgano representa al ente social y es así como el ente social actúa por medio de representante, a diferencia de la persona natural, que tiene la opción de actuar por sí misma o por medio de representante.

Es oportuno hacer la distinción entre representación y administración. La primera está en el ámbito de las relaciones externas estableciendo relaciones jurídicas y contrayendo obligaciones (más directamente, con los terceros), mientras que la segunda está referida a relaciones de índole interna (dentro de la persona jurídica). Cabe hacer esta aclaración pues muchas veces confundimos los conceptos y no caemos en la cuenta de que su ámbito de aplicación es distinto. Existen respecto a la representación societaria algunas teorías como la *teoría del mandato*, que se refiere a que los administradores ejercen sus funciones y tareas debido a un mandato otorgado a ellos, sin embargo, ésta se rechaza por cuanto se entendería que el mandato se otorga por los accionistas y si bien éstos son propietarios de las acciones, no son la sociedad misma, la que tiene autonomía y existencia propia. Por otro lado la sociedad no puede extender un mandato porque requiere de un representante para hacerlo y llegamos al mismo punto de partida de esta teoría. Luego tenemos la *Teoría de la representación necesaria*, la *Teoría del contrato de trabajo*, que al igual que la del Mandato no son admitidas. Finalmente tenemos que prevalece en la doctrina, la *Teoría del órgano*, que la doctrina y legislaciones mayormente acogen, donde cada órgano tiene su propia esfera de competencia, cumpliendo ya sea la función de gobierno, de administración, de representación y de fiscalización perfectamente delimitadas por ley y Estatuto. El órgano es inherente al ente social y el medio de manifestar su voluntad y actuar, ya que al ser un sujeto de Derecho tiene una serie de facultades y atribuciones, las que no provienen de ningún mandato o cualquier

otro contrato. Si bien en las leyes, por lo general, no se señala expresamente cuál es la teoría o doctrina por la que se inclina, nuestra Ley General de Sociedades acoge la teoría organicista, lo que excluye la representación contractual y voluntaria, consagrando una relación orgánica entre el ente social y el órgano social, en el sentido que existe como una fusión intrínseca entre la sociedad y sus órganos, que son distintas a las relaciones contractuales comunes entre representante y representado. En el artículo 172º de la norma societaria se establece que el Directorio tiene facultades de gestión y representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el Estatuto atribuyan a la Junta General.

#### **4.1. Representación procesal**

La representación procesal de las personas naturales se realiza a través de diferentes instituciones como pueden ser terceras personas a quienes se les ha conferido facultades, padres, tutores, curadores etc. En el caso de las personas jurídicas el artículo 64º del Código Procesal Civil textualmente establece que las personas jurídicas están representadas en el proceso de acuerdo a lo que dispongan la Constitución, la ley o el respectivo Estatuto. A su vez, el artículo 14º de la Ley General de Sociedades prescribe que el gerente general o los administradores, según sea el caso, tienen facultades generales y especiales de representación procesal<sup>225</sup> por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario en el Estatuto. Así, en la sentencia casatoria N° 2483-99-Amazonas (publicada en *El Peruano*, 19-08-2000, p. 6007) se estableció (a manera de sumilla) lo siguiente: “Siendo la

---

<sup>225</sup> **Código Procesal Civil, Artículo 74º.- Facultades generales.-** La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado.

**Artículo 75º.- Facultades especiales.-** Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

recurrente una persona jurídica, la representación que le corresponde es la de carácter legal, pues tiene su fuente de origen en una disposición legal expresa, tal es el caso de los artículos doce y catorce de la Ley General de Sociedades”. “Mientras que la legitimidad para obrar implica la alegación de la titularidad de una determinada situación jurídica, el interés para obrar implica la necesidad del proceso para la protección del interés sustancial. Es, pues, aquella utilidad que se pretende obtener del proceso y que solo puede obtenerse mediante aquel. Ahora bien, en el caso de las personas jurídicas de Derecho privado la representación procesal corresponde a la persona que está designada en el Estatuto de la propia persona jurídica. Como el representante legal actúa en el proceso a nombre de la persona jurídica, no hay duda de que la legitimidad para obrar es siempre de la persona jurídica como entidad abstracta y unitaria, no pudiendo fraccionarse de acuerdo con la cantidad de integrantes que tenga dicha persona jurídica. Por ello, si bien los integrantes de la persona jurídica pueden tener interés para obrar en asuntos que conciernen a la persona jurídica, tales como la prescripción adquisitiva de dominio sobre una propiedad de la persona jurídica, no tiene unitariamente la legitimidad para obrar, lo cual corresponde a la persona jurídica como sujeto de Derecho independiente, y que se encarga de alegar el representante legal. Y siendo el caso de que siempre debe haber conjuntamente legitimación e interés para obrar (artículo IV del Título Preliminar del CÓDIGO PROCESAL CIVIL) como posiciones subjetivas habilitantes en el proceso, la excepción de falta de legitimidad para obrar es fundada”<sup>226</sup>.

Si hay que ser precisos, entonces corresponde la representación de la sociedad al Gerente General, tal como está previsto en el artículo 188º de la Ley General de Spiedades, salvo que el Estatuto disponga lo contrario, especialmente en materia procesal cuando tiene las facultades generales y especiales para actuar en el proceso por su representada. En este caso bastará que al proceso se acompañe la ficha registral con la que se acredita la inscripción del gerente general.

Debe tenerse presente que parte en el proceso no es el representante legal de la sociedad sino la sociedad misma. “La capacidad de ser parte de la

---

<sup>226</sup> LA REDACCIÓN, “Socios de la persona jurídica”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 93, Lima, 2006, p. 183.

persona jurídica significa —como su capacidad jurídica— que sólo es parte, con todas sus consecuencias, la misma persona jurídica, no sus miembros, cuyo cambio, no tiene, en consecuencia, influencia en el proceso y (...) los órganos de la persona jurídica siguen el proceso por ella y ocupan la posición del representante legal<sup>227</sup>. Por lo tanto cuando se contraiga una obligación que luego es judicialmente exigible, quien tiene legitimidad pasiva no es el gerente general o el Directorio, o los socios y los funcionarios, sino la sociedad anónima, la que saldrá a juicio ya sea con su Gerente General o quien se señale en su Estatuto.

## 5. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIA

Históricamente se ha tenido en cuenta que la “sola circunstancia de que el hombre conviva en sociedad determina que esté sometido a un deber general de no dañar: el *neminem laedere* de los romanos. Este deber de no dañar es genérico, se aplica a las relaciones de los sujetos de Derecho con independencia de que hayan estipulado las pautas de su conducta recíproca, rige por el mero hecho de la convivencia social, es fundamento del ordenamiento jurídico. La violación del deber indicado genera responsabilidad como sanción<sup>228</sup>, considerando que el deber general sólo corresponde al hombre por el hecho que la consecuencia dañosa es producto de una conducta humana. Sin embargo, esta restricción al hombre sin considerar a la persona jurídica, que fue objeto de gran debate ha quedado largamente superado. Si la sociedad anónima es un sujeto de Derecho con toda la plenitud que ya hemos expuesto en los capítulos precedentes, entonces es un sujeto que debe cumplir deberes y obligaciones o en su defecto será objeto de sanciones. Como la sociedad anónima tiene las mismas prerrogativas y facultades que la persona física, cuando realiza una serie de actos con terceros asume riesgos y puede generar perjuicios que en determinados casos hay que reparar o indemnizar. Si es ella la que debe reparar un daño causado, tendrá legitimación pasiva y si es la sociedad, la titular del derecho a ser resarcido frente a otras personas que le causen daño, entonces tendrá legitimación activa. En este caso, existe un

<sup>227</sup> ROSEMBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, EJE, Buenos Aires, 1995, T. I, p. 233.

<sup>228</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, reimpr. de la 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 28.

prejuicio, ya que si pretende una indemnización por daño extrapatrimonial, éste entendido como daño moral, será calificado como un caso no justiciable. Responsabilidad proviene del latín *respondere*, que quiere decir “estar obligado” y ello como efecto de haber transgredido un deber o realizado, por acción u omisión, de una conducta rechazada. Podemos estar frente a una obligación moral, lo que es desde la antigüedad relacionado con Dios y con la religión, o como lo que hoy tenemos como responsabilidad jurídica respecto de una conducta, de un sujeto de Derecho, ya sea persona natural, persona jurídica o ente social, que causa daño a otro, por dolo o culpa o simplemente sin culpa (responsabilidad objetiva) y por lo tanto se obliga al causante que lo generó a resarcir, reparar, reintegrar al perjudicado y en algunos casos será castigado por la conducta antijurídica. 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.

Se trata de una responsabilidad jurídica y no de cualquier otra por cuanto los supuestos normativos que genera ésta se encuentran previstos en la norma positiva a diferencia de, por ejemplo, la responsabilidad social empresarial y ética que nace y es impuesta por propia voluntad del ente social. Restringiendo ámbitos se dice que la responsabilidad mercantil “está diseñada en el ordenamiento mercantil para los directivos, órganos y representantes de la misma (administradores), en relación a la propia sociedad y frente a terceros. Tampoco tiene carácter sancionatorio, sólo está destinada a establecer la distribución de derechos y deberes frente a la sociedad mercantil (interna) y frente a terceros (externa). (...) Se trata de una responsabilidad que podría calificarse de civil, por su claro carácter indemnizatorio, distinta, por tanto, a la responsabilidad administrativa, fiscal o penal”<sup>229</sup>. Por nuestra parte consideramos que la responsabilidad mercantil, en relación a la sociedad anónima, es en sí todo un sistema, un sistema de responsabilidad societaria en el que coexisten diferentes subsistemas jurídicos como el civil, penal o el administrativo, y subsistemas extrajurídicos como las prácticas de buen gobierno corporativo y la responsabilidad ético y social empresarial, que son todos los que alcanzan al ente social ya sea en su actuación interna o externa.

---

<sup>229</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzandi, Navarra, 2003, p. 33.

En el ordenamiento jurídico nacional están claramente identificados los subsistemas de responsabilidad. Si se trata de trasgresión a una norma jurídica civil o de una obligación contractual estaremos ante la responsabilidad civil; si, por el contrario, es una violación de una norma penal se configura una falta o delito y si es infracción a una norma administrativa, estamos ante la responsabilidad administrativa.

Siguiendo la reflexión del maestro Beaumont Callirgos, nos atrae la idea que pueda denominarse al sistema, por la especialidad, *sistema de responsabilidad comercial*, ya que en este concepto global podríamos incluir los diferentes supuestos de responsabilidad que alcanzan a las sociedades mercantiles y tener una comprensión integral atendiendo a sus particularidades.

### **5.1. Ámbitos de responsabilidad**

Esta parte del trabajo queremos presentarla en dos ámbitos, el primero como la “responsabilidad intramuros” o también conocida como “*ad intra*”, que es cuando se dañan los bienes jurídicos de la misma empresa, esto es, que la perjudicada es la propia sociedad por actos producidos por los órganos de gestión al interior del ente social, y la “responsabilidad extramuros” o “*ad extra*”, cuando la sociedad anónima responde por el perjuicio causado a terceros. La responsabilidad extramuros, a su vez, será asumida en forma directa o indirecta. Será directa cuando la sociedad actúa por intermedio de sus órganos o representantes y la indirecta cuando se trata de sus dependientes que no son órganos. En el caso de la responsabilidad indirecta, la solución está en la vía civil, en la institución de la responsabilidad vicaria, que se ilustra con la expresión latina “*culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*”. En cuanto a la responsabilidad extramuros, es de revisar cada subsistema de responsabilidad, los efectos de la representación societaria y la forma como lo soluciona la norma.

Con fines metodológicos revisaremos los subsistemas de responsabilidad civil, penal y administrativo en forma independiente, sin embargo, consideramos necesario y previo tratar la representación y alcances de responsabilidad de los órganos societarios.

## **5.2. Responsabilidad de los fundadores**

Los fundadores, en la etapa previa y hasta el acto fundacional, actúan a nombre de la sociedad o a nombre propio, pero en interés y por cuenta de ésta, y así son solidariamente responsables frente a aquellos con quienes hayan contratado. En el artículo 71º de la Ley General de Sociedades expresamente la sumilla trata de la “responsabilidad de los fundadores” y detalla los supuestos así como también la forma de liberarse de la misma. Esta responsabilidad caduca a los dos años desde la fecha de inscripción registral del ente social.

## **5.3. Responsabilidad de los administradores**

En principio la sociedad anónima es la que responde directamente por los daños causados, sin embargo, existen supuestos donde la ley establece taxativamente la responsabilidad solidaria. Nuestro ordenamiento civil ha previsto como reglas generales que:

- a) Si la responsabilidad es contractual, se aplica el artículo 1325º del Código Civil, esto es, que responde por el daño causado la sociedad, ello sin perjuicio que ésta repita posteriormente en contra del autor directo.
- b) Si la responsabilidad es extracontractual, es de aplicación el artículo 1981º del Código Civil, lo que hay es una responsabilidad solidaria entre el agente directo y la sociedad como agente indirecto.

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.

#### **5.4. Responsabilidad de los Directores**

La responsabilidad de los Directores se presenta de una manera dual o mixta. Será responsabilidad contractual cuando el sujeto del daño o perjuicio sea el ente social y los accionistas, y será extracontractual cuando se trate de daños generados a terceros.

En lo que respecta a la responsabilidad subjetiva o responsabilidad objetiva, cuando en el artículo 171º de la Ley General de Sociedades se establece, en relación al ejercicio del cargo y reserva, 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”, estamos ante la regla general que los miembros del Directorio, a título personal e individual, están sujetos, en su caso a la responsabilidad subjetiva. En este sentido, como la norma taxativamente se refiere al “desempeño del cargo con diligencia”, de lo que se tratará es de calificar y valorar la participación individual del Director y su conducta profesional desde el estándar de un “buen comerciante y representante leal” y no de resultados. Al respecto opina Elías Laroza que la “doctrina, mayoritariamente, en opinión que compartimos, señala que la negligencia no queda configurada por el resultado de la gestión de los directores, sino por la conducta razonable del director al momento de tomar una decisión. Ello es preferentemente justo y lógico: el éxito o el fracaso no son los factores determinantes de la responsabilidad. Admitir lo contrario sería establecer que la obtención de utilidades, en una empresa en la que el riesgo siempre está presente, es una obligación ineludible de los directores, sujeta a sanción en caso de malos resultados.”<sup>230</sup> Sin embargo, al leer el contenido del artículo 177º “Los

---

<sup>230</sup> ELIAS LAROZA, Derecho Societario Peruano, tomo II, Op.cit., pp.465,466

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. Es responsabilidad del Directorio el cumplimiento de los acuerdos de la Junta General, salvo que ésta 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 “, podría entender que también hay una responsabilidad colectiva del Directorio y además objetiva, siendo irrelevante que no todos hayan actuado con dolo, abuso de facultades o negligencia grave, porque bastaría que uno de ellos sí lo haya hecho, para que al resto, le alcance la responsabilidad por el resultado dañoso causado.

Pero, no siempre basta leer el contenido de un artículo para determinar sus alcances sino, como en este caso, es necesario interpretar sistemáticamente los artículos 171º, 177º y 178º para establecer lo siguiente:

- a) La responsabilidad de los miembros del Directorio en la norma societaria es siempre subjetiva, personal e individual.
- b) Si en el artículo 177º se señala a “los directores” ello no convierte en responsable al colectivo en general, sin importar la responsabilidad individual y subjetiva, sino que se refiere a aquellos que no hayan dejado constancia escrita de su oposición, desacuerdo o disconformidad con el acuerdo generador del daño (exención de responsabilidad). Incluso si en Junta General de Accionistas se llega a un acuerdo ilícito o contrario al Estatuto, el Directorio o los miembros del Directorio no tienen el deber cumplir fielmente tal acuerdo, de hacerlo evidentemente habrá responsabilidad.
- c) Si un Director asume el cargo y no denuncia por escrito las irregularidades que pueda conocer, entonces opera también la solidaridad con el Director saliente responsable, pero esta responsabilidad indiscutiblemente no alcanza al Directorio como colectivo.
- d) La solidaridad de la responsabilidad alcanza a los responsables de la coactuación y el carácter de ilimitada al resarcimiento con todo su patrimonio personal.

A manera de complemento, precisamos que como no estamos ante una responsabilidad de resultados, considerando que toda empresa implica un riesgo y si a pesar que se actúa con lealtad y con la diligencia ordinaria se produce un daño o un perjuicio, en el ámbito societario, éste no se entenderá causado y por lo tanto no estaremos ante la institución de la responsabilidad, ya que para ella se requiere, como lo regulado el artículo 177º, dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Ello es coherente y concordante con lo previsto en el artículo 1314º del Código Civil sobre responsabilidad contractual, que establece que “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” pero no excluye la presunción de culpa leve prevista en los artículos 1320º y 1329º del Código Civil, correspondiendo al imputado demostrar que se actuó con la diligencia ordinaria según la naturaleza de la obligación y las circunstancias, tiempo y lugar. En consecuencia no estamos de acuerdo con Elías Laroza cuando señala que la “ley exime al director de responsabilidad por negligencia leve o por simple negligencia, requiriendo que se produzcan daños y perjuicios por negligencia grave.”<sup>231</sup>, ya que es regla general que la culpa leve se presume, en todo caso interpretamos que la sociedad, cuando se trate de culpa leve, deberá abstenerse de adoptar el acuerdo para ejercer la pretensión social de responsabilidad.

A efectos de hacer efectivo el resarcimiento por el daño causado, en la Ley General de Sociedades, en los artículos 181º y 182º, están reguladas las pretensiones individual y la social. En cuanto a la pretensión individual corresponde a los socios y a los terceros, excluyéndose ésta, por una lesión directa a la sociedad, ya que la afectación debe ser a los intereses particulares. La pretensión individual de responsabilidad, regulada en el artículo 182º, tiene por objeto obtener una indemnización para los accionistas y terceros (acreedores) por la lesión directa que hayan sufrido como consecuencia de actos o acuerdos de los directores. Quedan excluidos, por consiguiente, los daños sufridos por la sociedad, y los que indirectamente afecten al patrimonio de los socios o terceros.

---

<sup>231</sup> ELIAS LAROZA, Derecho Societario, tomo II, Op.cit., p. 464

La pretensión social de responsabilidad contra cualquier Director, para resarcir a la sociedad por los daños y perjuicios causados, corresponde al ente social, que se ejercita por los accionistas que representen al menos un tercio del capital social. Para ejercitar este derecho se requiere que la demanda se limite al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad y no al interés particular de los accionistas, además que los pretensores no hayan aprobado ningún acuerdo de Junta General en el que se haya decidido no realizar tal pretensión.

A su vez, cualquier accionista puede ejercitar la pretensión social, si transcurridos tres meses desde que la Junta General adoptó el acuerdo de promover la pretensión, aún no lo hubiera hecho. También están legitimados los acreedores de la sociedad, cuando consideren que el daño causado por los directores al patrimonio social, pone en peligro sus créditos, siempre que el proceso no hubiese sido iniciado por la sociedad ni por los accionistas, que la pretensión tienda únicamente a reconstruir el patrimonio neto de la sociedad y que los actos de los directores amenacen gravemente la garantía de sus créditos. La vía procedimental será la del proceso de conocimiento y de acuerdo a la cuantía de la pretensión patrimonial se seguirá por la vía del conocimiento puro, abreviado o sumarísimo.

### **5.5. Exención de la responsabilidad**

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.

Igualmente opera la exención cuando el director no hubiere participado en el acuerdo del cual resultaron los daños o perjuicios a reparar. La ausencia del director a la reunión no es causa suficiente para que quede exento de responsabilidad, salvo que la decisión se haya adoptado en forma clandestina u omitiendo deliberadamente la participación de este director. Sobre el

particular, el maestro Beaumont Callirgos señala que hay dos supuestos, uno en cual el director ha participado en el acuerdo, estuvo en la sesión presencial o no presencial y el segundo cuando el director tomó conocimiento de él, después de la sesión, en oportunidad distinta. En ambos casos deben expresar su disconformidad en el momento mismo del acuerdo o en su caso, expresar la misma tan pronto como conozca del acuerdo y además hacerlo constar en acta o por carta notarial<sup>232</sup>.

### **5.6. Responsabilidad de los gerentes**

Como ya ha sido señalado, administran la sociedad el Directorio y la Gerencia General, siendo esta última el ente ejecutivo y el que participa efectivamente en las operaciones diarias y ordinarias de ésta dentro de su objeto social. Este administrador responde ante la sociedad, los accionistas y terceros por los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades, negligencia grave y contravenciones al Estatuto o Pacto Social.

La norma societaria prescribe que el Gerente General deberá dar cuenta al Directorio o a la Junta General respecto a actos que puedan dar lugar a responsabilidad, caso contrario incurre en responsabilidad, estableciéndose una responsabilidad solidaria.

En relación a la pretensión por daños y perjuicios, en el artículo 195º de la Ley General de Sociedades sólo se hace referencia a la forma de ejercer la pretensión social porque se alude que está legitimado activamente para ello la Junta General o el Directorio, sin embargo, interpretamos que igualmente existe una pretensión individual, como en el caso del Directorio, ya que el artículo 189º establece que son aplicables al Gerente General las mismas normas sobre responsabilidad del Directorio. Lo que sucede es que el acuerdo de la Junta General para ejercer la pretensión social tiene como efecto automático la remoción del Gerente General en su cargo.

### **5.7. Responsabilidad del liquidador**

---

<sup>232</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, cit., p. 449.

Si bien los directores, gerentes o administradores son los representantes legales de toda sociedad, cuando ésta entra en un proceso de disolución y liquidación, es la persona del liquidador (persona física o persona jurídica) la que asume la representación legal y la representación procesal.

Desde el acuerdo de disolución, cesa la representación de los directores, administradores, gerentes y representantes en general de la sociedad, asumiendo el liquidador o los liquidadores las funciones que les correspondan de acuerdo a Ley, al Estatuto o al Pacto Social, o conforme a los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad o a los acuerdos de la Junta General. La ley establece que desde el momento que asumen la representación legal de la sociedad, ésta es la misma que correspondería a los administradores (Directorio y Gerencia General).

## **6. ACTOS *ULTRA VIRES***

La buena fe subyace al sistema societario con todo lo que ello significa, así, la Ley General de Sociedades contempla la protección que deben recibir las personas con quienes la sociedad contrata, así como frente a terceros de buena fe. Para referirnos a este ámbito de responsabilidad necesariamente tenemos que referirnos a la representación societaria. Los efectos jurídicos y las obligaciones son producidos por los actos celebrados entre los terceros y los representantes legales del ente social dentro de los límites de las facultades que les ha sido conferido, incluso cuando tales actos comprometan a la sociedad por operaciones no comprendidas en su objeto social. Pero no es que el socio o administrador responsable quede exento de la obligación de reparación, ya que responderá por los daños y perjuicios que pueda haber causado a la sociedad.

Ya hemos identificado a los órganos de representación societaria, siendo éstos el Directorio y el Gerente General o de ser el caso el liquidador. La regla general es que el representante debe estar autorizado de manera expresa para ejecutar actos y dirigir la sociedad, es decir, contratar, prestar garantías, asumir deudas, en fin, facultades otorgadas por la Ley o el Estatuto, no pudiendo excederse de dichas atribuciones. Sin embargo, tenemos una excepción a la

regla, cuando la sociedad está obligada a responder por los actos de sus representantes aun cuando los negocios u operaciones hayan excedido el objeto social de la misma.

En esta situación especial, en la cual es prioritaria la protección a terceros de buena fe, es que surge la doctrina de la validez de los “actos *ultra vires*” que acoge nuestra Ley General de Sociedades. La posición contraria es la que propugna la nulidad de estos actos, sin embargo, admitirla generaría serios problemas al colocar a los terceros de buena fe en una situación de indefensión cuando realicen contratos con la sociedad. Tal como lo señala el maestro Elías Laroza: “Esta tesis ocasionaría un efecto devastador en las operaciones económicas con toda clase de sociedades. Cualquier tercero que contratase con una sociedad se vería obligado no sólo a una seria revisión de los poderes de los representantes sino también a un exhaustivo estudio de todas las escrituras y del objeto de la sociedad, con el fin de determinar que el acto se encontrase, en forma indubitable, dentro del enunciado del fin social. ¡Cuántas polémicas se suscitarían, cuántos contratos quedarían paralizados largo tiempo y cuántas modificaciones de estatutos serían imperiosamente exigidas por los abogados del tercero para poder llevar adelante la contratación!”<sup>233</sup>. Beaumont Callirgos agrega: “En suma, la Ley General de Sociedades en su artículo 12º, asume la protección del tercero de buena fe y suprime la posibilidad de oponer en su contra la nulidad de un acto *ultra vires*. La Ley General de Sociedades no niega la ilicitud del acto contrario al Estatuto o que excede el objeto social, sino que determina que la responsabilidad por el acto *ultra vires* se ventila y esclarece al interior de la sociedad, desde que fue dentro de ella donde se cometió la trasgresión”<sup>234</sup>.

Es de señalar que en el caso de los liquidadores, como representantes legales, no habrá responsabilidad del ente social por actos *ultra vires*, debido a que precisamente por efecto de la disolución y liquidación, la sociedad no puede seguir realizando actividades que se relacionen con su objeto social, quedando sólo permitido realizar aquellas operaciones que tengan por destino liquidar el haber social de la empresa.

---

<sup>233</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique, “El objeto social, los alcances de la representación y los actos *ultra vires* en la nueva Ley General de Sociedades”, en *Derecho & Sociedad*, N° 13, Lima, 1998, p. 10.

<sup>234</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, cit., p. 85.

En conclusión, la doctrina de los actos *ultra vires* protege a los terceros para que no perjudiquen sus intereses y su buena fe.

### **6.1. Origen y concepto**

Etimológicamente deriva de las voces latinas “*ultra*” y “*vires*”, que significan “más allá” (*ultra*) y “fuerza” o “competencia” (*vires*). Esta doctrina se remonta al antiguo Derecho inglés, cuando las sociedades anónimas nacían sólo de cartas patentes de la corona, es decir, a consecuencia de un privilegio o concesión del soberano. En principio la doctrina determinaba que los actos o contratos que la sociedad ejecutara o celebrara fuera de su objeto fueran nulos, que no podrían obligarla, puesto que la sociedad no había tenido capacidad para ejecutarlos o celebrarlos.

Colombres señala que “la actividad indicada en el acto constitutivo representa un límite, no sólo al poder de los administradores, sino también a la misma sociedad”<sup>235</sup>, cuya trasgresión de dichos límites constituyen actos denominados *ultra vires*. Esta actividad es la que cumple una función de garantía para la sociedad, para los socios e incluso para los terceros que con ella se relacionan. Esta función de garantía consiste en que los administradores o socios que actúan a nombre de la sociedad no deben celebrar con terceros actos jurídicos que no estén contemplados en el objeto social, pues dichos actos traen consigo la correspondiente responsabilidad. Precisamente los actos o negocios de los representantes de la sociedad que se extralimiten del objeto social contenido en los estatutos de la empresa, vendrían a constituir lo que se conoce como actos *ultra vires*.

### **6.2. El fundamento de los terceros al contratar con la sociedad**

De acuerdo a lo que se expone en doctrina y especialmente en nuestra Ley General de Sociedades, no estamos ante cualquier tercero sino “terceros de buena fe” con quienes la sociedad haya establecido relaciones jurídicas. Este es el fundamento de los terceros: la buena fe entendida como la creencia

---

<sup>235</sup> COLOMBRES, Gervasio R., *Curso de Derecho Societario. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 105.

o persuasión personal de aquél de quien se recibe una cosa por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella y puede transferir el dominio. También esta es entendida como la convicción de que el acto realizado es lícito y, asimismo, el procedimiento en los contratos se da de manera justa y sincera, sin el ánimo de engañar a la otra parte. Recordemos que la buena fe se presume, por lo tanto si queremos alegar lo contrario tendremos la carga de la prueba.

### **6.3. Solución interna de actos *ultra vires***

Estamos frente a un acto ilícito en cuanto contraviene la norma fundamental societaria, pero los actos *ultra vires* no serán oponibles al tercero de buena fe, siendo que al interior de la sociedad se establecerá la responsabilidad de los representantes, mientras que ante el tercero de buena fe responde la propia sociedad.

### **6.4. Actos celebrados por quien no tiene representación**

Este supuesto no ingresa al ámbito de los actos *ultra vires*, ya que se trata de quien realiza actos, en nombre de la sociedad, sin tener la representación de la misma. La ley ha previsto que, en este caso, tales actos no la obligan y que la responsabilidad civil o penal por tales actos recae exclusivamente sobre sus autores.

A diferencia de la doctrina de los actos *ultra vires* que protege a los terceros de buena fe, tal como se establece en el artículo 12º de la norma societaria, en este supuesto no hay ninguna protección a terceros debido a que no ha existido voluntad o actuación de la sociedad para otorgarle atribuciones a la persona que contrató y por lo tanto los negocios jurídicos que realice no despliegan efectos respecto al ente social. Sin perjuicio de la responsabilidad personal del actor, también podría tratarse de un ilícito tipificado como estafa.

Sin duda, aun con todas las garantías que tienen los terceros en virtud de la Ley General de Sociedades, existen riesgos para los terceros, quienes en la creencia que contratan bien pueden ser burlados, por lo tanto deberán ser diligentes de verificar si la persona con la que contratan está autorizada o no.

## 7. RESPONSABILIDAD CIVIL

No se pretende abordar todo el tema de la responsabilidad civil pero sí dar las orientaciones básicas del subsistema, a efectos que desde el ámbito societario se puedan identificar las figuras principales ya sea cuando la sociedad es sujeto pasivo o cuando es titular de un derecho indemnizatorio. Recordemos que cuando la norma societaria establece supuestos de responsabilidad por un daño, hace referencia directa a la responsabilidad civil, entre otras, por lo tanto, son de aplicación las normas previstas en el Código Civil e igualmente están sujetas la sociedad, sus representantes y dependientes, a las reglas de la responsabilidad civil en general.

En principio y como regla general, en materia civil, tenemos que no existe responsabilidad jurídica si es que no existe un daño causado, por ello es que a la disciplina que estudia esta responsabilidad se le denomina Derecho de Daños<sup>236</sup>, por ser el daño el elemento esencial. Efectivamente, de no existir un daño causado no puede hablarse de responsabilidad, pero si éste es causado, por culpa o dolo, responde su autor, aunque en algunos casos existe responsabilidad solidaria.

La responsabilidad civil es una consecuencia del daño causado, y consiste en la obligación legal de reparar el mismo con un resarcimiento que se materializa a través de la reintegración patrimonial o sea restaurar el patrimonio del perjudicado. A diferencia de la antijuricidad penal (que imputa los actos ilícitos, reprime y sanciona la conducta del causante del daño, incluso sin daño), en la vía civil el objeto es la víctima y la reparación del daño. Reiteramos que aquí es el daño el elemento esencial, toda vez que hemos verificado que en la judicatura, algunas veces, antes que verificar si efectivamente se ha producido un daño se hace un análisis de los otros elementos como

---

<sup>236</sup> “La doctrina alemana habla del derecho de daños, denominación que apunta, como es manifiesto, a poner el acento en ese elemento, que es el fundamental, y no es un determinado factor de atribución subjetiva. El derecho de daños permitirá además aludir al ejercicio de las facultades que acuerda, exista o no culpabilidad; sea el demandado el autor u otra persona obligada a garantizar su obrar; medie antijuricidad o un obrar lícito...” (MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Introducción a la responsabilidad Civil. Las tres concepciones”, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Universidad del Museo Social Argentino, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 30).

antijuricidad, nexo causal y factores de atribución, cuando ello no sería necesario. Si se verifica que no hay daño, no tiene porqué hacerse mayor análisis y la demanda será infundada por inexistencia de daño.

Es necesario distinguir *responsabilidad* de *imputabilidad*. En el “lenguaje filosófico, en tanto ‘imputar’ una acción es declarar la autoría de alguien, ‘responsabilizar’ implica la posibilidad de preguntarle acerca de ella, obligarle a dar explicaciones y aun a conceder una satisfacción”<sup>237</sup>.

Tradicionalmente, y así está recogido en nuestra norma civil, se hace la marcada diferenciación entre *responsabilidad contractual* y *responsabilidad extracontractual*, sin embargo, la doctrina moderna considera un sistema unitario de responsabilidad civil<sup>238</sup>. Así, por ejemplo, Bustamante Alsina desarrolla el Derecho de Daños sobre la unidad sistemática del fenómeno resarcitorio atendiendo a la unidad del sistema, más allá de que existan diferencias insustanciales en el Derecho vigente entre las órbitas contractual y extracontractual<sup>239</sup>. En nuestro medio, Lizardo Taboada, con quien coincidimos, señala que “aun cuando nuestro Código Civil se adhiere al sistema tradicional, en nuestro concepto ello no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudie ambas clases de responsabilidad sobre la base de elementos comunes, señalando con toda claridad las diferencias de matiz, tanto en el ámbito teórico como en el ámbito normativo. En tal sentido, nuestra opinión es que la actual regulación del Código Civil peruano no es impedimento para estudiar el sistema de responsabilidad civil desde la óptica unitaria, en la medida en que se respeten

---

<sup>237</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, reimpr. de la 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 16.

<sup>238</sup> “Durante muchísimo tiempo se debatió arduamente en la doctrina de los diferentes sistemas jurídicos el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuya finalidad es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños. Según el criterio tradicional deben mantenerse como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual de la responsabilidad extracontractual, en la medida que el origen del daño causado difiere en un caso y en el otro. Y es ésta, justamente la posición actual del Código Civil peruano, que ha regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil. Por el contrario, la doctrina moderna, y desde hace mucho tiempo, es unánime en que la responsabilidad civil es única, y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual” (TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, 1ª reimpr., Grijley, Lima, 2001, p. 26).

<sup>239</sup> BUERES, Alberto J., “El pensamiento de Jorge H. Bustamante Alsina en la responsabilidad por daños”, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Universidad del Museo Social Argentino, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 11.

las diferencias de orden legal existentes”<sup>240</sup>. Los elementos comunes de la responsabilidad civil son, la existencia de un daño causado, una conducta antijurídica, un nexo causal y un factor de atribución.

Esta posición sin duda soluciona hoy muchos problemas, principalmente cuando se presenta el conflicto de no poder establecer si estamos en el ámbito de la responsabilidad civil contractual o la extracontractual, en especial cuando buscamos tutela en el órgano jurisdiccional y tenemos que señalar en la fundamentación jurídica las normas aplicables. Desde la perspectiva unitaria, para determinar la responsabilidad del sujeto, será necesario establecer la concurrencia de los elementos señalados, sin perjuicio de analizar y estudiar las particularidades de los supuestos contemporáneos de responsabilidad en los que claramente no se pueden establecer ámbitos estancos, como en el caso de la responsabilidad por productos defectuosos que se dirige a la integración de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual y la protección del consumidor.<sup>241</sup>

### **7.1. Responsabilidad contractual**

La responsabilidad contractual está regulada a partir del artículo 1321º del Código Civil, en la parte relativa a los efectos de las obligaciones. En este caso, el antecedente es una relación<sup>242</sup> obligatoria patrimonial preexistente. Efectivamente, lo que se presenta es una contravención a una relación jurídica obligatoria nacida como consecuencia de la voluntad de los particulares (acto o negocio jurídico) y la consecuencia es la aparición de un deber jurídico de reparar, configurándose una responsabilidad “directa” de acuerdo a lo que establece nuestro ordenamiento civil.

Así, las sociedades responderán de la misma manera que lo haría una persona física ante al incumplimiento de actos contractuales que haya

---

<sup>240</sup> TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la responsabilidad civil*, cit., pp. 26, 27.

<sup>241</sup> En el ámbito de protección al consumidor se tiende a hacer extensiva la responsabilidad que tiene el vendedor o proveedor de productor defectuoso (lo que sería responsabilidad contractual) al fabricante productor o importador del producto y a quien haya puesto su marca en el mismo (responsabilidad extracontractual), aún cuando no haya tenido relación directa con el consumidor.

<sup>242</sup> Entiéndase como relación jurídica al vínculo o nexo de derecho entre dos o más personas o al menos entre una persona y una cosa material o inmaterial con trascendencia en el ordenamiento jurídico. Sus elementos son las personas, el objeto y el contenido.

celebrado con terceros a través de sus representantes. Es evidente que si se reconoce a las sociedades una amplia capacidad de contratar, se les responsabilice también por la falta de cumplimiento de los contratos que celebran; lo contrario importaría crearles un privilegio inexplicable, que finalmente sería en su propio perjuicio, puesto que nadie optaría por celebrar actos jurídicos con un ente social si es que ésta puede evadirse de su cumplimiento sin responsabilidad alguna.

Es de resaltar que puede considerarse que el solo incumplimiento de una obligación contractual ya genera un daño y perjuicio, sin embargo, a pesar de estar previstas las conductas típicas que llevan a la responsabilidad civil, necesariamente el demandante, quien tiene la carga de la prueba, debe acreditar que hay un efecto dañino como consecuencia de ese incumplimiento y que éste ha sido causado por dolo o culpa leve o culpa inexcusable, caso contrario no será amparada una pretensión indemnizatoria.

## **7.2. Responsabilidad extracontractual**

La responsabilidad extracontractual está regulada en los artículos 1969º y 1970º del Código Civil, en la parte relativa a las Fuentes de las Obligaciones, a diferencia de la contractual, que está en la parte de los Efectos de las Obligaciones. Lo que sucede es que en este caso no existe una relación obligatoria preexistente como en la contractual, sino una posterior que se produce a partir del daño causado. El fundamento de esta responsabilidad es *alterum nom laedere*, la violación del “deber jurídico general de no causar daño a otro”. En este caso, la responsabilidad no procede del incumplimiento de una obligación de tipo contractual (por eso se denomina “indirecta”) y su carácter es tanto subjetivo como objetivo (riesgo creado). Se aplica a los daños causados no sólo por los representantes de la persona jurídica sino también por los subordinados de ésta, siempre que el daño se haya producido en el ejercicio del cargo o en el cumplimiento del servicio. Aquí aparece la figura del “hecho ajeno” siendo que se recoge la teoría de la responsabilidad vicaria por la culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*. En este caso, el autor directo y el indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

El once de abril del 2006, se publicó en el diario oficial El Peruano, la propuesta del Poder Ejecutivo sobre reforma del Código Civil, la misma que , entre otros artículos, en el 78-A señala que la persona jurídica responde por los daños que sus órganos, representantes o quienes, desempeñen cargos directivos causen a sus miembros o terceros. En la exposición de motivos se precisa que esta propuesta tiene por objeto superar el silencio legislativo respecto de la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica, toda vez que si bien la Jurisprudencia ha venido resolviendo a partir del vigente artículo 1981º, ello no es suficiente. Se detallan los siguientes supuestos por los cuales la persona jurídica responderá por los daños causados:

- a) Se produzca en el ejercicio o con ocasión de sus funciones.
- b) Pro venga de acuerdos o actos contrarios a la ley o al Estatuto.
- c) Realicen actos con dolo, culpa o abuso de facultades.

La solidaridad que se establece es con el objeto que la responsabilidad civil de la persona jurídica no sea utilizada como un medio para eludir responsabilidades directas de las personas naturales. Por otra parte, en el artículo 78-B estaría prevista la responsabilidad contractual, aunque no se hace tal precisión, cuando se establece que, quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica, integren sus órganos o la representen son responsables ante ella por los daños que se causen derivados de los supuestos que han sido fijados en el artículo 78-A. Para ejercitar la pretensión indemnizatoria, se requiere un acuerdo del órgano de mayor jerarquía. En ambos casos, artículos 78-A y 78-B, quedan exentos de responsabilidad quienes no hayan participado del acto causante del daño o hayan dejado constancia de su oposición en el acuerdo adoptado.

Lo que podemos señalar es que esta propuesta de reforma es innecesaria, ya que se pretende introducir en la norma civil una regulación que ya está prevista en la norma especial -Ley General de Sociedades, y que en caso de vacíos, éstos vienen siendo llenados, como corresponde y atendiendo a los casos concretos, por el órgano jurisdiccional.

### **7.3. Elementos comunes de responsabilidad civil**

#### ***a) Daño causado***

Se trata de toda lesión a un interés jurídicamente protegido con el menoscabo del mismo. El daño debe ser cierto, con una afectación personal, que no haya sido indemnizado con anterioridad y que sea injusto. Puede tratarse de un daño patrimonial: daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona o simplemente un daño extrapatrimonial.

*a.1) Daño emergente*

Son pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Se trata del empobrecimiento del patrimonio del acreedor por una pérdida patrimonial efectivamente sufrida. Si dañan vehículos de la flota de transportes, el daño emergente será el costo de reparación de los mismos para tenerlos operativos.

*a.2) Lucro cesante*

Son las utilidades que se deja de percibir por inejecución de obligaciones, cumplimiento parcial, tardío o defectuoso existiendo un legítimo enriquecimiento frustrado. Si dañan vehículos de la flota de transportes, el lucro cesante estará constituido por los montos que se ha dejado de percibir por la inoperatividad ya que no se ha podido cumplir con los compromisos contractuales.

*a.3) Daño moral*

Tradicionalmente se entiende como la lesión a los sentimientos de la víctima, que se trataría de una persona física por cuanto la premisa es que se produzca un gran dolor y aflicción o sufrimiento. Además debe tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo desde que es aprobado por la conciencia social.

Sobre el particular ya nos hemos referido en el capítulo relativo a los derechos fundamentales de la sociedad anónima y si la objeción al daño moral de la sociedad anónima se sustenta en que no se le puede causar aflicción,

entonces hablemos simplemente de daño extrapatrimonial por la afectación a su imagen, buena reputación y prestigio.

### ***b) Antijuricidad***

Se trata de una antijuricidad civil, de un acto disconforme o antinormativo, esto es, de una conducta que contradice el ordenamiento civil. Y es necesario recordar la fuerza vinculatoria que tienen los contratos o acuerdos celebrados entre las partes al extremo que, sin tener un carácter absoluto, se reconocen por la Constitución Política del Perú en el artículo 62º, señalándose comúnmente que los contratos son ley entre las partes; por lo tanto una contravención a un contrato tendría el carácter de un acto antijurídico. En el contexto normativo positivo se trata de conductas típicas o atípicas. Serán *típicas* cuando contravienen una norma prohibitiva o cuando violan una norma del ordenamiento jurídico y *atípicas* cuando no están previstas taxativamente en supuestos normativos pero que sin embargo su producción viola o contraviene el ordenamiento jurídico.

La antijuricidad típica es una característica de la responsabilidad civil contractual y puede ser:

- a) Incumplimiento: trasgresión del carácter vinculante de la obligación asumida.
- b) Cumplimiento parcial: trasgresión del principio de integridad del pago.
- c) Cumplimiento tardío: trasgresión del principio de oportunidad del pago, que lleva a la constitución en mora.
- d) Cumplimiento defectuoso: trasgresión del principio de identidad del pago.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual encontramos la antijuricidad genérica, conductas típicas o atípicas y el daño es causado tanto por culpa subjetiva o culpa objetiva.

### ***c) Relación de causalidad***

Tiene que ver con el nexo causal, esto es, con la causa que genera el efecto dañoso. En la responsabilidad civil contractual se trata de la causa inmediata y directa o causa próxima donde el daño debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación. En la responsabilidad extracontractual es una causa adecuada entre hecho y daño ya sea por acción y omisión idóneas, ya que no es causa toda condición sino sólo aquella idónea para hacer que el daño se produzca.

Existen situaciones excepcionales en las que se presenta la ruptura del nexo causal donde el productor directo del daño queda liberado de responsabilidad o la concausa cuando hay una disminución de la magnitud de la responsabilidad.

#### *c.1) Fractura causal*

También se conoce como “ruptura del nexo causal” y es cuando se presenta un conflicto entre dos conductas o causas supuestamente generadoras del daño: la causa ajena y la causa inicial. El daño no será el resultado de la conducta inicial sino de la conducta ajena. Por ejemplo, el conductor de un vehículo de una empresa X arrolla a un peatón, pero ello como consecuencia de la colisión por imprudencia del vehículo de la empresa Y. Producto de esta colisión muere un peatón, pero este resultado no es por la conducta inicial de X, sino por la de Y, por lo tanto será la empresa Y la que tendrá el deber de reparar el daño.

#### *c.2) Concausa*

El daño siempre es consecuencia de la conducta del autor, pero en este caso con la contribución o participación de la víctima. Esta contribución en la producción del daño, por la imprudencia, lleva a que el Juez reduzca el quantum indemnizatorio, pero no hay liberación como en fractura causal.

Es el caso de la muerte de un peatón ebrio a consecuencia de un atropello de vehículo. La velocidad límite para el conductor era de 35 km. pero se desplazaba a 60 km. El conductor no puede alegar que el peatón es responsable porque si bien ha contribuido con su estado, si él hubiera

conducido dentro del margen permitido, hubiera quedado liberado de toda responsabilidad.

#### ***d) Factores de atribución***

Son los que determinan la existencia de responsabilidad, siendo que en el campo contractual el factor es la culpa y en la extracontractual son la culpa y el riesgo creado. El sistema subjetivo es el que trata la culpa, mientras que el sistema objetivo el riesgo creado. De la Ley General de Sociedades se advierte que la regla de responsabilidad civil de los representantes legales, que en el desempeño de sus funciones actúen en contra de la ley, de los estatutos, en incumplimiento de sus obligaciones, es subjetiva. Respecto a los factores como culpa, imprudencia y negligencia, existe un problema terminológico difícil de resolver, sin embargo, como regla tenemos que tanto la imprudencia como la negligencia son versiones de la culpa. Además en materia de responsabilidad la culpa leve se presume.

##### *d.1) Culpa*

Como principio, basta actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y el lugar. Se entiende diligencia ordinaria como que pueda ser conocido, advertido o hecho por una persona razonable (prudente, sensata, buen juicio) de acuerdo a la naturaleza de la obligación, circunstancias y contexto.

- Culpa leve *in abstracto*

El deudor será responsable del daño causado al acreedor cuando éste no haya actuado como lo habría hecho un buen administrador. Se responde de esta culpa cuando las dos partes tienen interés en el contrato.

- Culpa leve en concreto

Culpa apreciada de una manera concreta, según la conducta habitual del deudor. Es la culpa que éste no cometería en la administración de sus propios negocios.

- Culpa inexcusable

Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación, siendo nula toda estipulación que la excluya. La negligencia grave limita con el dolo no resultando sencillo distinguir la una del otro y es por ello que a ambos se le atribuye iguales efectos jurídicos.

- Negligencia

El sujeto hace menos de lo que debe o de lo que se espera de él, tratándose de un obrar descuidado o defectuoso. Consiste en una acción (culpa *in faciendo*) u omisión (culpa *in non faciendo*) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor o acreedor.

- Imprudencia

También podemos denominarla culpa levísima y es cuando el sujeto obra precipitadamente, sin tomar precauciones o sin prever integralmente las consecuencias en las que puede derivar su acción.

- Culpa lata o culpa grave

Se atribuye cuando se actúa con demasiada ignorancia aun cuando hasta el más torpe podría prever los resultados. Se trata de no entender lo que todos entienden.

*d.2) Dolo*

Procede con dolo, con acción u omisión, quien procede deliberadamente y con un propósito. Es irrelevante que el deudor quiera o no causar un daño, el supuesto es la sola intención de incumplir un deber contractual.

#### **7.4. Causa no imputable**

Es la circunstancia genérica que impide cumplir una obligación y cuya presencia basta para la exoneración. Puede ser el caso fortuito o la fuerza mayor. Se trata de eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor independientes de su voluntad. Desde el punto de vista de los efectos, no hay ninguna distinción entre caso fortuito y fuerza mayor.

##### ***a) Caso fortuito***

Son actos de la naturaleza, lo que acontece inesperadamente o sea a lo que sale de lo común, lo que no es usual.

##### ***b) Fuerza mayor***

Son los denominados *actos del príncipe*. Alude a lo irresistible, es decir, a lo inevitable. Lo irresistible supone la imposibilidad de cumplimiento.

##### ***c) Previsión***

La previsión debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación, a diferencia de la resistibilidad que se presenta al momento de cumplirla. El requisito de la previsión se exige porque el deudor no previó lo que debía, o habiendo previsto el acontecimiento se obliga algo que presumiblemente iba a ser imposible. En ese caso el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho propio.

Las pretensiones por responsabilidad pueden ser resueltas ya sea por la vía arbitral o la vía judicial, en ambos casos se tendrá que tener en cuenta el

sistema unitario de responsabilidad, así como garantizar el debido proceso tanto a la parte demandante como a la demandada.

## **Capítulo Sexto**

### **RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**

“[El] *ius puniendi* del Estado, se puede manifestar tanto en el ordenamiento penal como en el ordenamiento administrativo sancionador, existiendo por consiguiente un solo sistema sancionador o punitivo, en el que deben respetarse todas las garantías conocidas por el orden penal, siendo el legislador guiado por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad el que finalmente determinará la opción penal o administrativa”<sup>243</sup>.

Laura Zúñiga Rodríguez

#### **1. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Hablar de responsabilidad administrativa, uno de los subsistemas de responsabilidad, nos lleva en primer lugar a determinar su ámbito y, este no es otro que el campo administrativo que está regulado por el Derecho administrativo, también conocido tradicionalmente como el Derecho del Estado. El Derecho administrativo es una rama del Derecho público que se encarga del estudio, regulación, control y corrección del ejercicio de la función administrativa, cuyo sujeto ejecutor es la Administración Pública, ya sea en sus relaciones externas con terceros particulares o en sus relaciones internas y entre entes estatales.

Hay una distinción relevante, en lo que se refiere a la facultad sancionadora de la Administración, que se conoce como Derecho administrativo sancionador en su manifestación disciplinaria administrativa y penal administrativa. Por la facultad disciplinaria se castigan las relaciones y conductas, al interior del sistema de la Administración Pública generando las sanciones disciplinarias y por otro lado está el Derecho penal administrativo que regula la relación de la Administración con los particulares en general, siendo aplicables las sanciones contravencionales, donde contravención es lo que delito y falta son en el Derecho penal. En cuanto al Derecho penal administrativo, para Farrando y Martínez es el “Derecho penal especial que

---

<sup>243</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, cit., p. 31.

tiene como destinatarios a los administrados, por lo que el Estado —que es juez y parte en el caso— deberá garantizar a aquellos la aplicación de todos los principios inherentes al debido proceso, “*nullum crimen sine lege*”, “*in dubio pro reo*”, “*non bis in idem*”, etc.”<sup>244</sup>.

En la concepción clásica de responsabilidad jurídica, el Derecho administrativo sancionador busca prevenir las infracciones administrativas<sup>245</sup> y preservar el orden, de ahí que la sanción, ya sea como privación de un derecho (sanción interdictiva) o imposición de una obligación (sanción pecuniaria), se entienda como “un medio directo con que cuenta la Administración para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a derecho. Su finalidad última es la de garantizar el mantenimiento del propio orden jurídico (de la sociedad en su conjunto o el del interior de la Administración) mediante la represión de todas aquellas conductas contrarias a él”<sup>246</sup>. A diferencia de la finalidad última del Derecho administrativo sancionador, el Derecho civil se ocupa de la reparación de la víctima, es éste su centro de atención, mientras que el Derecho penal tiene por objeto sancionar la conducta ilícita del infractor.

Si bien en la práctica se presentan conflictos respecto a los límites entre la responsabilidad civil, administrativa y penal, es entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador donde, a nuestro entender, la situación se torna más compleja. Las diferencias son tan sutiles que muchas veces resulta difícil establecer cuál es el límite para considerar sólo una infracción administrativa y no un ilícito penal. En doctrina se sostiene que simplemente existen diferencias de grado formal (cuantitativas) entre una infracción penal y una administrativa, donde las más graves pertenecen al sistema penal y las más leves al ordenamiento administrativo sancionador, pero también hay otra posición en el sentido que las diferencias son cualitativas en virtud de los intereses sociales lesionados y cuando el sujeto pasivo es la Administración; y

---

<sup>244</sup> FARRANDO, Ismael y MARTÍNEZ, Patricia, *Manual de Derecho Administrativo*, reimpr., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 92.

<sup>245</sup> No se puede negar que las multas en tránsito vehicular pueden constituir un instrumento idóneo para que la ciudadanía evite comportamientos como exceso de velocidad y consumo de alcohol, entre otros, y que los ciudadanos sancionados no vuelvan a realizar la infracción. Claro está que la eficacia de las mismas está conectada, muchas veces, con propaganda publicitaria, campañas educativas, etc., pero esto no desdice su carácter preventivo.

<sup>246</sup> FARRANDO/MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 171.

por tanto hay un ámbito de aplicación específica. En esta confusión lo que se debe evitar es la doble incriminación, esto es, que se debe tener prudencia respecto a conductas que ya fueron tipificadas por el Derecho administrativo sancionador y que a su vez pretenden sancionarse por el Derecho penal, pues en ese caso sí se violarían muchos derechos. Es así que para criminalizar penalmente una conducta que ya fuera instituida por el Derecho administrativo sancionador, tendría que justificarse su relevancia, y sobre todo que ésta debe ser tramitada sólo por una de las dos vías, jamás por ambas. El artículo 131º de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, nos ilustra sobre el particular: “*De la concurrencia de infracciones con delitos.* En los casos en que con motivo de haberse incurrido en cualquiera de las infracciones previstas en la presente Ley, se hubiere impuesto sanción administrativa al infractor, no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos. Sin embargo, cuando a criterio de la Comisión, la infracción observada revista especial gravedad, ésta deberá inhibirse de pronunciar sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes”.

Igualmente en materia tributaria la “investigación, inspección y control del correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias, es una labor inherente a SUNAT en el plano puramente administrativo. En ese sentido, la comparecencia de los administrados para proporcionar información que coadyuve a dicha tarea, en principio, debe ser realizada ante funcionarios de la citada Administración Tributaria, por lo cual probablemente se lleva a cabo ante un auditor y su supervisor.

Cuando esto sucede, no cabe duda que la investigación es del tipo administrativo-tributario, de modo que el objetivo de la comparecencia y de la información requerida, casi siempre es establecer si existen omisiones de tributos o se han cometido infracciones tributarias. No obstante lo actuado en esta diligencia puede derivar en una investigación de tipo penal-tributario, si los auditores consideran que existen evidencias suficientes para denunciar un delito tributario, como podría ser el de defraudación. Con lo señalado o cuando la intención original haya sido la investigación preliminar de un supuesto delito tributario (sea por denuncia o por presunción), se incorpora a la comparecencia

el Ministerio Público, a solicitud de SUNAT, representado por el Fiscal de prevención de delitos tributarios<sup>247</sup>.

Para que exista una sanción administrativa debe haber una infracción previa, esto es, la realización voluntaria y culpable de una conducta positivamente descrita en una norma con rango de ley, contraria al ordenamiento jurídico, conducta que puede consistir en el incumplimiento de un deber legal, una norma tributaria, municipal, etc.

La sociedad anónima como agente externo y agente económico tiene deberes para con el Estado y por lo tanto es imperativo el cumplimiento de sus obligaciones, por un lado puede ser sujeto pasivo de sanciones por las infracciones que pueda cometer, pero a su vez la Administración tiene que garantizarle la protección y prerrogativas de un debido procedimiento. Así se castigará al contribuyente, usuario o administrado con las debidas sanciones administrativas según lo preestablecido en sus normas internas. Y es que al igual que en el Derecho Penal, por ser el principio de legalidad uno universal, si no hay tipificación anterior expresa, la conducta posterior del administrado, aunque suponga incumplir un deber no será objeto de sanción administrativa.

Ya sea que la obligación del administrado esté prevista en la ley, entonces el papel de la Administración se limitará a exigir su cumplimiento o, si es la Administración la que impone una obligación, en ambos casos debe asegurarse una actividad procedimental para el ejercicio de la potestad sancionadora. En este caso se discutirá si existe o no contravención y si procede la aplicación de una sanción administrativa. En lo que a proceso sancionador se refiere, mientras que en el proceso judicial se termina con una sentencia que adquiere la calidad de cosa juzgada, en el procedimiento administrativo se culmina con una decisión o resolución administrativa que causa estado. En ambos casos hay pluralidad de instancia, como una garantía del debido proceso o debido procedimiento. Sin embargo, hay que revisar la norma especial de acuerdo a la materia para establecer los detalles de cada una de ellas, por ejemplo, en instancia registral, “La resolución administrativa que pone en conocimiento de las partes la liquidación y bases para la subasta, no constituye un acto definitivo que pone fin a la instancia, tampoco es un acto

---

<sup>247</sup> BASALLO RAMOS, Carlos, “La comparecencia ante la SUNAT”, en *Actualidad Jurídica*, T. 152, Lima, 2006, p. 224.

de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni muchos menos produce indefensión, por lo que no procede interponer contra aquélla medio impugnatorio alguno, debiendo las partes solamente indicar en forma expresa las observaciones respecto de las cifras consignadas en ella, luego de las cuales y previo análisis, el Registrador aprobará la Liquidación y Bases para la subasta definitiva, decisión que podrá ser impugnada”<sup>248</sup>.

En el contexto del Derecho Administrativo, la norma que hoy rige su actuación es la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, vigente desde el 11 de octubre del 2001. La expedición de esta norma fue una respuesta a la necesidad de contar con una regulación para un Estado cuya eficiencia se fomenta, por ello para la elaboración del proyecto legislativo, entre otros, se consideró que esta nueva Ley “debería adaptar la legislación de procedimiento administrativo a las exigencias de los principios y valores de un marco constitucional democrático, satisfaciendo tanto la necesidad de ampliar y reforzar las garantías y derechos de los ciudadanos para la resolución justa y pronta de sus asuntos, así como diseñar un ordenamiento para la actuación administrativa acorde con las modernas concepciones sobre el rol del Estado y en particular el rol de la administración pública en la economía, en orden a promover las condiciones para que la iniciativa privada opere liberada de trabas burocráticas que gravan de forma no justificada o desproporcionada la actividad de los ciudadanos y de las empresas”<sup>249</sup>.

En consecuencia, con la aprobación de la ley, el producto que se obtuvo fue calificado como un nuevo Derecho Administrativo “que se propugna, como forma superada del Derecho Administrativo permisivo, ha adoptado asumir como suyo el conjunto de valores constitucionales de respeto a la persona humana, a sus derechos e intereses, en balance con el ejercicio de las potestades públicas. El artículo III del Título Preliminar es clave para entender esta orientación: “La presente ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los

---

<sup>248</sup> Criterio adoptado en la Resolución N° F 016-2002-ORLC/TR del 18 de enero del 2002, del 14/08/02 (II Pleno, sesión ordinaria realizada los días 29 y 30 de noviembre de 2002. Publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 22/01/03).

<sup>249</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, “El proceso de elaboración y aprobación de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo General”, en *Ley del Procedimiento Administrativo General*, primera edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 2001, p. 4.

administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional u jurídico en general”<sup>250</sup>.

El debido procedimiento es un derecho fundamental que debe ser garantizado no sólo por del Poder Judicial sino también por la Autoridad Administrativa. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 858-2001-AA/TC del 15/08/02, ha señalado: “El inciso 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no sólo se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativo sancionatorios. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo-sancionatorio —como en el caso de autos— o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General*, 6ª ed. revisada y actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 14.

<sup>251</sup> A manera de complemento tenemos lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 4289-2004-AA/TC/ Lima del 17/02/05, sobre el derecho a un debido proceso en sede administrativa,” 2. El Tribunal Constitucional estima oportuno recordar, conforme lo ha manifestado en reiterada y uniforme jurisprudencia, que el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, *incluidos los administrativos*, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo —como en el caso de autos— o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

3. El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, *el debido proceso administrativo* supone, en toda circunstancia, el respeto —por parte de la administración pública o privada— de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139º de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).

4. El fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo, encuentra sustento en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si la administración resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional.

5. Como también lo ha precisado este Tribunal, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo; entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquiere el derecho a la motivación

En cuanto a la Ley N° 27444, si bien es una norma autónoma aplicable a toda la actuación de la Administración Pública, ésta es general por lo que, ya se trate de asuntos tributario, concursal, minería, municipal, etc., necesariamente se tendrá que recurrir a la materia procedimental especial; además, en lo que no se encuentre expresamente previsto en ella, será aplicable el Código Procesal Civil<sup>252</sup>, a tenor de lo previsto en la primera disposición final del Código Procesal Civil, que establece que sus disposiciones se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

Por otro lado, estando al principio de unidad jurisdiccional, cuando una decisión/resolución en sede administrativa causa estado y el administrado no se encuentra conforme con la misma, puede impugnarla ante el Poder Judicial por la vía del proceso contencioso-administrativo, estando ello prescrito en la Constitución política del Perú en su artículo 148º y también en las propias normas administrativas, como el caso de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, que en su artículo 132.2 establece que las “resoluciones que agoten la vía administrativa en los procedimientos concursales sólo pueden ser impugnadas en la vía del proceso contencioso administrativo. Por consiguiente, no procede el uso de vías procesales distintas para impugnar acuerdos, decisiones o resoluciones en asuntos derivados de la aplicación de la Ley y sus normas complementarias, ni para suspender, invalidar o inaplicar sus efectos”.

En cuanto al proceso contencioso-administrativo para cuestionar la voluntad de la Administración Pública, tal y como está hoy regulado, resulta o por lo menos hay la expectativa de su eficacia, ya que cuando un juez sentencia y ampara la demanda, no se limita a declarar la invalidez de la resolución impugnada, esto es, que ya no es un simple revisor del acto administrativo, sino que tiene que declarar o decidir el derecho que corresponde. Como bien señala Morón Urbina, en el contexto del contencioso administrativo de plena jurisdicción, se “debe brindar a los administrados (que pasan a ser justiciables), una efectiva tutela de sus derechos e intereses

---

de las resoluciones, según se explicará en los fundamentos que a continuación se exponen.

<sup>252</sup> Principalmente serán de observancia los principios procesales generales que son pautas orientadoras.

afectados por cualquier actuación u omisión incurrida por la administración. Nótese que afirmar que el contencioso administrativo se aproxima en su objetivo a las clásicas acciones de garantía no es absolutamente equivocado. Por ello, es que ha resultado congruente la mutación al amparo subsidiario que plantea el Código Procesal Constitucional, dado que su funcionalidad va a ser suplida por la vía ordinaria, que es el proceso contencioso administrativo. En este mismo sentido, es necesario anotar la virtual confluencia que el proceso contencioso-administrativo nos plantea respecto a la acción de cumplimiento, cuando se trata de contestar inercias de la Administración frente a mandatos normativos o de actos administrativos firmes<sup>253</sup>.

La tutela jurisdiccional no se agota con la decisión contencioso-administrativo en última instancia judicial, sino que contra ella, si se cumplen los requisitos de forma y fondo previstos en la norma procesal, se puede alcanzar una revisión en sede casatoria en la Corte Suprema de Justicia.

## 2. SANCIONES CONTRAVENCIONALES

Las sanciones que impone la Administración a los administrados que cometen infracción al incumplir un deber administrativo, o lo cumplen de manera irregular o deficiente se denominan sanciones contravencionales. Se encuentran subordinadas al principio de legalidad penal ya que tanto “a las contravenciones como a los delitos le son aplicables los mismos principios, pues si bien ambas categorías de infracciones tutelan distintos bienes jurídicos, en el fondo persiguen la misma finalidad. Su distinción es sólo cuantitativa y no cualitativa. Siendo ello así, todos aquellos principios de dogmática penal, referidos a la acción, antijuricidad, tipicidad y autoría y culpabilidad recobran todo su esplendor en la primera de esas infracciones...”<sup>254</sup>.

Respecto a las sanciones administrativas, en lo que a sociedades anónimas se refiere, se considera que éstas no son tan drásticas y severas como las penales, para corregir conductas de la persona jurídica, realizadas a través de sus órganos representativos. Las sanciones administrativas, al

---

<sup>253</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Prólogo”, en *Ley de Proceso Contencioso Administrativo*, 2ª ed., Colección Jurídica, Ministerio de Justicia, Lima, 2005, pp. 10, 11.

<sup>254</sup> FARRANDO/MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., pp. 175, 176.

parecer, no llegan a cumplir el objeto disuasivo necesario porque carecen de los controles y garantías que sí poseen las penas. A su vez, las sanciones económicas que se imponen, resultan finalmente hasta provechosas para ellas, al no asumir directamente la carga ya que lo trasladan a los consumidores o, en el peor de los casos, a los trabajadores. Por otro lado, además del INDECOPI, no existe un mecanismo de difusión de las contravenciones y sanciones que pueda tener efecto en la imagen o prestigio de los entes sociales y contribuya como elemento disuasivo efectivo. Por ejemplo, en el diario *El Comercio* se publicó esta noticia: “Multan a la minera Doe Run por infracciones ambientales”<sup>255</sup>. Según se indica en esta nota, la sanción provino de la Administración minera, a través del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, luego que se confirmaran cuatro infracciones graves por incumplimientos en el manejo ambiental del complejo metalúrgico de La Oroya. En este caso, el ente social tiene expedito su derecho para presentar sus descargos e impugnar la decisión administrativa, sin embargo, se agrega, no es la primera vez que se cometen este tipo de infracciones. Por otro lado, en el diario *El Peruano* se difundió esta noticia: “Municipio cierra Downtown”<sup>256</sup>. Al parecer los dueños carecían de licencia de funcionamiento vigente e incurrieron en infracciones tributarias al usar seis razones sociales. La sanción contravencional impuesta por la Administración municipal, a través de la Municipalidad de Miraflores, ha sido la clausura definitiva de la discoteca, imponiéndosele, según se indica, una multa de una unidad impositiva tributaria por cada una de las seis razones sociales utilizadas. Es de preguntarse ¿cómo es que se pudo tramitar y obtener seis razones sociales?

El sujeto pasivo de la sanción por contravención administrativa es la propia persona jurídica, salvo en aquellos casos que la ley señala expresamente la responsabilidad solidaria del ente social con sus órganos.

En la Ley General del Sistema Concursal, por ejemplo, se establece una responsabilidad solidaria en el artículo 136<sup>o</sup> cuando se trata del abandono del procedimiento, estableciéndose en el numeral 136.2 que no procederá declarar el abandono del procedimiento cuando, habiéndose verificado la existencia de

---

<sup>255</sup> *El Comercio*, Lima, 29 de agosto del 2007.

<sup>256</sup> *El Peruano*, Lima, 29 de agosto del 2007, Sección Actualidad, p. 22.

concurso, el acreedor o deudor interesados incumplan con publicar los avisos de convocatoria a Junta de Acreedores. En este caso la Comisión podrá imponer sanciones de una (1) hasta diez (10) UIT; tratándose de personas jurídicas, la sanción se impondrá a éstas y a su representante legal, quienes responderán solidariamente. En el mencionado supuesto, la Comisión efectuará la publicación del aviso de convocatoria.

En materia tributaria y respecto a la persecución de la deuda tributaria, en el artículo 16º del Código Tributario está prevista la solidaridad de la responsabilidad, entre otros, de los representantes legales y los designados por las personas jurídicas, quienes están obligados a pagar los tributos y cumplir las obligaciones formales en calidad de representantes, con los recursos que administren o que dispongan, los que se convierten por voluntad de la norma en “deudores tributarios”. Para mayor ilustración respecto a esta responsabilidad, la Directiva Nº 004-2000-SUNAT dispone en sus numerales 4.4 y 4.5 que esta responsabilidad solidaria opera cuando por dolo, negligencia grave o abuso de facultades se dejen de pagar las deudas tributarias y no es que se trate por el simple hecho de haberseles atribuido la calidad de responsables solidarios.

Respecto al factor de atribución de la responsabilidad, existe una corriente que propugna que al ente social, en el campo administrativo, se le reconoce responsabilidad directa y capacidad infractora, sin que ello signifique que se prescindan del elemento subjetivo de la culpa, lo que sucede es que este principio se ha de aplicar necesariamente de manera diferente a como se hace con las personas físicas. La imputación de autoría de la infracción al ente social se funda en que si bien el ente carece de voluntad directa, no es así con respecto a la capacidad de infringir las normas, a las cuales tiene un deber de observancia desde su existencia. Así la reprochabilidad estaría ligada a la capacidad de infracción, situación nada pacífica, ya que en el ordenamiento administrativo sancionador existe la disyuntiva de sancionar a los entes sociales por la simple infracción (responsabilidad objetiva) o de previamente calificar elementos de imputación subjetiva (dolo o culpa, y culpabilidad) para sancionarla. Sin duda optar por la primera alternativa supondría soslayar la garantía de que el ente social habría realizado la infracción sin culpa y con ello se estaría vulnerando derechos fundamentales vinculados a la tutela judicial

efectiva. Entonces la regla general será que para determinar la responsabilidad se debe recurrir a criterios de imputación subjetiva, aunque hay posiciones que van ganando terreno e imponen una responsabilidad objetiva.

En el ámbito administrativo hay una serie de normas especiales, de acuerdo a la materia que se trate, que regulan su procedimiento administrativo sancionador, los detalles del mismo y especialización, y como no es posible abarcar todas ellas hemos optado por comentar esta vez sólo la facultad sancionadora del INDECOPI y de la SUNAT.

### **3. INDECOPI**

El Estado, en el nuevo ámbito de desarrollo de la economía y el comercio, tuvo que crear un escenario apropiado para afrontar el fenómeno de la globalización y promover las inversiones de capital destinadas a lograr la modernización y el perfeccionamiento de las estructuras productivas. Así, se optó por la economía de libre mercado y, para ello, entre otros, se creó en noviembre de 1992, por Decreto Ley N° 25868, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, cuya finalidad es asegurar la protección, a través del cumplimiento de las normas legales, del mercado respecto a las prácticas monopólicas que puedan resultar controlistas y restrictivas de la competencia en la producción, comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de aquellas prácticas que promuevan la competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores. Igualmente, la protección de los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones y la calidad de los productos así como otros que la ley pueda disponer.

Ello se materializa a través de su principal función que, entre otras, es la defensa de la competencia, que como bien lo describe INDECOPI, se refiere a un grupo de personas o empresas que ejercen la misma profesión o actividad económica donde la competencia es el ejercicio de las libertades económicas. Siendo los sujetos de la competencia los productores-empresarios de bienes y servicios, parecería que se trata de protegerlos o darles garantías a éstos en primer lugar, sin embargo, lo que verificamos es que a quien está dirigida la

protección integralmente es al consumidor (persona, natural o jurídica, que con su elección opta por un producto o servicio determinado). La defensa del consumidor, su voluntad de elección y su derecho a la información se han convertido en el eje fundamental de atención del Estado, a través del INDECOPI. La regulación es necesaria para garantizar la protección a los consumidores en su elección de un producto, bien o servicio, caso contrario se podría recurrir a cualquier estrategia de los productores-comerciantes que, en su afán de mantenerse en el mercado y captar la elección del consumidor, pudieran inducir a éste a engaño y perjudicarlo. No se trata de normas que elevan los costos de transacción, sino más bien de normas éticas que todo empresario sabe, por la costumbre comercial y en la observancia de la buena fe comercial, deben siempre respetarse. Acorde con lo señalado, para que haya competencia en igualdad de condiciones tiene que garantizarse el acceso al mercado, la salida de él y un apropiado marco regulatorio.

#### **4. COMPETENCIA DESLEAL**

Como punto de partida para definir la competencia desleal está prevista la cláusula general en el artículo 6º del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre represión de la competencia desleal, que establece que se considera como *acto de competencia desleal* toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en el mercado. Esta cláusula permite desarrollar un listado enunciativo de actos de competencia desleal que se convierte en un *numerus apertus*, ya que a partir de ese enunciado se puede hacer extensiva la calificación de acto de competencia desleal a otras conductas que califiquen como desleales y que expresamente no se hayan previsto en la ley. Como sanción a las contravenciones, de acuerdo a la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, INDECOPI está autorizada a ordenar la inmediata cesación de tales actos así como de imponer multas o amonestar al infractor.

## 5. PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

De manera general, en los procedimientos concursales no sólo es de aplicación la norma especial, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil, sino también la Ley General de Sociedades. A su vez, existe una prescripción de aplicación preferente respecto a las normas del Código Civil, del Código Procesal Civil, del Código Tributario, de la Ley General de Sociedades, de la Ley de Títulos Valores, del Código de Comercio, de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y de todas las demás normas que en situaciones normales rigen y regulan la actividad de los agentes del mercado.

En el caso específico del procedimiento sancionador se tendrán que observar las normas señaladas en la ley especial, supletoriamente la Ley del Procedimiento Administrativo General y las normas del Código Procesal Civil. Este procedimiento se inicia siempre de oficio por decisión de la Secretaría Técnica, ya sea por cuanto hay una denuncia previa presentada, porque lo dispone un funcionario de instancia superior o por decisión del órgano en ejercicio competente cuya función es tutelar el cumplimiento de las normas de la Ley. Deberá determinarse la culpabilidad ya que estamos ante un sistema subjetivo desde que en el artículo 127º de la Ley General del Sistema Concursal se establece que para graduar la cuantía de la multa a imponer, se tendrán en consideración criterios como la *intencionalidad*, el perjuicio causado, las circunstancias agravantes o atenuantes en la comisión de la infracción y la reincidencia.

Es muy importante la publicación de las resoluciones que difunden la aplicación de sanciones por contravenciones, ya que no sólo sirven para proteger los intereses de los agentes que intervienen en los procedimientos concursales sino también son, en nuestro criterio, una forma de disuadir que se repitan tales conductas por lo que tal sanción perjudica la buena imagen del ente social.

A su vez es importante que se cuente con un Registro de infractores con la finalidad de mantener informado al público, así como para detectar casos de reincidencia.

Ante el creciente e indiscriminado uso de las acciones de garantía y pedidos de medidas cautelares en instancia judicial, con la finalidad de suspender procedimientos concursales, se tuvieron que adoptar medidas para reprimir tales usos irregulares. En primer lugar, los procesos constitucionales sólo proceden cuando una decisión del INDECOPI ha causado estado, salvo excepciones previstas en la ley, siendo competente en primera instancia la Sala Superior Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia y en segunda instancia la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Las demandas judiciales que se promuevan con relación a procedimientos regulados por la Ley, deberán efectuarse con citación al INDECOPI.

En cuanto a las solicitudes cautelares, con el objeto de suspender o producir efecto similar en los procedimientos concursales, sólo podrán ser tramitadas y resueltas con ocasión del proceso contencioso administrativo que se pueda promover.

## **6. SANCIONES EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO**

Los grandes fenómenos que soporta la administración tributaria son la evasión y la elusión tributaria, contra los que tiene que emprender una lucha para erradicarlas. La *elusión*, lingüísticamente, se define como la acción de eludir, es decir, mediante un ardid se logra esquivar y evitar determinada situación. Desde el punto de vista fiscal, ésta se refiere a la acción del contribuyente que, amparado en una norma, evita la aplicación de una norma tributaria para lograr una ventaja económica o patrimonial, mostrando una capacidad contributiva menor a la real o sustrayendo parte de la base imponible, situación que no se produciría si es que se aplicara la norma legal correcta. Si bien estamos ante un acto lícito, el acto no es congruente con la real voluntad legal. Por otro lado, la *evasión* supone un comportamiento ilícito, un incumplimiento general a las normas tributarias ya sea por actos como el contrabando, el fraude, entre otros. Lo que se produce es una ocultación en cuanto a la capacidad contributiva o la cuantía del hecho imponible, utilizando para ello documentos falsos, ya sean materiales o ideológicos, negocios jurídicos irreales o acciones que impiden conocer la obligación tributaria. En

términos simples, la evasión es no pagar impuestos y la elusión es pagar menos de lo que se debe, en ambos casos el efecto es el mismo, el Estado deja de recibir lo que por recaudación legal le corresponde.

En este contexto la SUNAT tiene la facultad discrecional de determinar y sancionar las infracciones tributarias, cobrando una gran relevancia, por cuanto las contravenciones fiscales motivan diversas reacciones frente a sus autores y el Derecho tributario no es ajeno a ellas y tal vez su incidencia es más significativa por la importancia y finalidad de la recaudación para el Estado. Aquí se presenta aquella situación de indeterminación de los límites entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, lo que lleva a preguntarnos: ¿cuándo el incumplimiento de una obligación fiscal sobrepasa el umbral administrativo y es delito?

La *defraudación tributaria* no deberá ser confundida con el fraude a la ley tributaria y tampoco puede decirse que el fraude a la ley constituye una modalidad comisiva del delito de defraudación tributaria, ya que son dos realidades diferentes que responden a dos estadios diferentes de contravención a la norma fiscal. La defraudación tributaria es un delito y está previsto en la norma penal especial<sup>257</sup>, siendo descrita así: “El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes (...)”.

En lo que se refiere al *fraude a la ley*, que también se le conoce como *rodeo legal*, persigue disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las normas tributarias, aunque utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu. Entonces verificamos que estamos ante la figura de la elusión tributaria.

En el fraude a la ley un actor, para evitar la aplicación de una determinada norma que no le va a favorecer o no le interesa, se ampara en otra que se denomina “norma de cobertura” y con el auxilio de esta norma busca evitar la prohibición u obligación que corresponde según la norma aplicable. Acá no estamos ante un delito por eso no hay sanción penal, pero lo que debe hacerse aplicar la norma que corresponde y que se ha tratado de eludir. Lo señalado

---

<sup>257</sup> Ley Penal Tributaria, Decreto Legislativo N° 813, artículo 1°.

nos lleva a pensar que el fraude a la ley carece de sanción jurídica ejemplar, porque lo que se identifica es, mas que nada, una respuesta práctica al simplemente disponerse la aplicación de la norma fiscal que pretendía burlarse con la imposición de una multa, siendo ello diferente de la sanción penal a una conducta defraudatoria acreedora de mayor reprochabilidad social.

Cuando el falseamiento u ocultación de la realidad sobrepasa el umbral del fraude a la ley, es cuando pasa a integrar el tipo penal de defraudación tributaria. Para distinguir una de otra es necesario que concurra una conducta defraudatoria, es decir, que medie engaño suficiente como para llevar a error a la Administración tributaria, de lo cual se derive un perjuicio económico. Además es necesario un ánimo o intención defraudatoria dirigida a engañar, ocultar y eludir el pago del tributo mediante maquinaciones fraudulentas. Sólo en esos casos habrá fraude fiscal como delito.

Si aun con la explicación precedente, no resulta fácil distinguir los supuestos prohibidos penalmente (fraude fiscal), de los prohibidos porque menoscaban el espíritu de la ley (fraude a la ley) pero que no son delito, tampoco será fácil distinguir la alternativa “economía de opción”, que sí se puede hacer porque constituye una alternativa legal que permite reducir su coste fiscal resultando una opción más ventajosa y se ajusta a derecho.

Respecto a estas distinciones y opción legal, el ente social deberá estar muy bien informado, a fin que por desconocimiento y buscando un beneficio para su empresa, no incurra en una infracción administrativa o en un delito.

Los requisitos exigidos en el ámbito tributario para considerar que existe fraude a la ley son los mismos que los que se exigen en el Derecho privado. En el fraude fiscal el contribuyente realiza una actividad con la intención de soportar una carga tributaria menor que la que legalmente le corresponde, para ello recurre a figuras legales que directa o indirectamente violan la ley a la cual se encuentra sometido, creándose así un conflicto en la aplicación de la norma tributaria. En consideración de lo dicho, los elementos a tener en cuenta al calificar el acto de fraude a la ley fiscal son:

1. Realizar un hecho imponible bajo la norma de cobertura (norma que se invoca como aplicable), y no de la norma defraudada (norma eludida).

2. Intención fraudulenta de eludir el pago del tributo o de obtener una ventaja fiscal. Debe haberse evitado intencionalmente la realización del hecho imponible con el consiguiente incumplimiento de la ley con finalidad fiscal.

En consecuencia, ante la determinación de la norma fiscal que corresponde, los efectos son:

- a) Identificado un fraude a la ley, se aplicará correctamente la norma tributaria eludida.
- b) Se hará la calificación de la obligación tributaria de acuerdo a la norma que corresponde.
- c) Pérdida de la eficacia de los actos o negocios realizados y ventajas fiscales obtenidas por aplicación de la norma de cobertura.

En materia tributaria, como hemos señalado, son responsables solidarios los representantes legales y los que designe la persona jurídica, estando en principio excluidos los accionistas de una sociedad anónima como tales y ello por la autonomía patrimonial, sin embargo, aun cuando se pueda invocar la doctrina del levantamiento del velo societario, en casos de evasión y elusión, no consideramos que esta facultad deba ser reconocida o atribuida al funcionario de la administración, sino que en todo caso podría establecerse un mecanismo para que lo solicite al Poder Judicial y sea el órgano jurisdiccional el que ordene lo que corresponda.

## Capítulo Sétimo

### LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL ÁMBITO PENAL

“Debe diferenciarse entre el uso de sociedades como instrumentos delictivos, en actitud ‘hacia fuera’ y la delincuencia ‘intramuros’, es decir, dentro de la sociedad. En el primer caso se emplea a la sociedad como medio para perjudicar a terceros a diferencia de la delincuencia ‘intramuros’, en la que el hecho delictivo ocurre en agravio de los propios accionistas y/o del patrimonio social. En realidad, son dos aspectos del mismo delito porque el perjuicio del patrimonio a la larga afecta también a terceros”<sup>258</sup>.

Oswaldo Hundskopf Exebio

#### 1. DERECHO PENAL Y RESPONSABILIDAD

El Derecho penal, cuya misión es proteger bienes jurídicos, se caracteriza por ser el instrumento de control social más gravoso con que cuenta una sociedad organizada como Estado para asegurar la convivencia pacífica entre sus miembros. Es principio fundamental que al Derecho penal se debe recurrir en *ultima ratio*, es decir, para hacer frente a los hechos más graves que lesionan o ponen en peligro bienes valiosos para la vida en sociedad y además subsidiariamente, es decir, cuando otras ramas del Derecho fracasan y no puedan brindar ya una efectiva protección a tales bienes<sup>259</sup>. De lo que se trata es de evitar una innecesaria intervención punitiva del Estado y que si hay intervención, ésta sea con el objeto de mantener comportamientos individuales que aseguren el mantenimiento de la paz y vida social, como rechazo a los actos prohibidos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos.

En este contexto lo que resulta de nuestro interés es la responsabilidad penal en relación a la sociedad anónima, aquella que se manifiesta en una doble vertiente, una que tiene al ente social como sujeto pasivo y en este caso trataremos, en capítulo aparte, el fraude contra la administración de las

<sup>258</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial. Temas societarios*, tomo IV, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, T. IV, pp. 171-172.

<sup>259</sup> Al respecto, entre otros, puede verse MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 79-84.

personas jurídicas, y luego el planteamiento de la responsabilidad penal de la sociedad anónima, como sujeto activo. Sin duda, podemos adelantar que en nuestro ordenamiento jurídico la persona jurídica no es imputable, lo que nos liberaría de mayor comentario, pero el debate contemporáneo sobre el tema y la introducción de modelos y posiciones de imputación de responsabilidad penal ameritan una reflexión. Y es que la “discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas es uno de esos temas abiertos en el Derecho Penal (quizás como el del contenido material de la culpabilidad, el de los fines de la pena, etc.) donde las corrientes a favor o en contra han ido cambiando en diferentes períodos históricos y donde el debate ha enfrentado insistentemente la doctrina (...). Precisamente ello se debe a que al plantearnos este asunto tocamos las fibras mismas de los fundamentos de la responsabilidad penal, esto es, injusto y culpabilidad, lugares comunes donde todavía la ciencia penal sigue sin llegar a consensos definitivos”<sup>260</sup>.

## 2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Si bien en la Ley General de Sociedades, entendiendo que no es una norma sancionadora, están previstos los supuestos de responsabilidad en general, en determinados casos no se puede excluir la responsabilidad penal, ya que “no es posible trasladar la responsabilidad mercantil a la responsabilidad penal porque son dos ámbitos diferentes: mientras en la primera se trata de los deberes en relación a la empresa, en el Derecho Penal se trataría de los deberes de ésta frente a la sociedad en general”<sup>261</sup>, y por ello es que se han creado tipos penales en los cuales se tiene como sujeto pasivo a la sociedad cuando hay una administración fraudulenta de la misma, o como ocurre modernamente, que se propone tener al ente social como sujeto activo, debido a los diferentes y concurrentes espacios de impunidad que se generan en algunos supuestos.

Así para desarrollar el tema de la sociedad anónima, como sujeto de responsabilidad penal, vamos a establecer dos planos, en primer lugar

---

<sup>260</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, cit., pp. 19-20.

<sup>261</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, cit., p. 3.

tenemos a la sociedad como sujeto no imputable y el segundo, la moderna posición que considera a la sociedad como sujeto activo imputable.

### **2.1. Principio del *societas delinquere non potest***

Cuando se habla de los delitos y de la responsabilidad penal hay que remitirnos a las conductas y a sus autores, por lo tanto hablar de conductas nos lleva directamente al hombre, ser humano, persona física, como sujeto imputable, quedando prohibido, en consecuencia, al menos en nuestro ordenamiento penal, la imputación penal a toda clase de personas jurídicas, entre ellas a la sociedad anónima.

El sustento es que la responsabilidad penal constituye la obligación de soportar la consecuencia específica del delito que es la pena, la que recae sobre el autor o partícipe de un delito<sup>262</sup>, en el entendido que la acción humana responde a aspectos de carácter volitivo y del ejercicio de la libertad<sup>263</sup>.

Así, en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal se acoge el principio de responsabilidad-proscripción de la responsabilidad objetiva que señala que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. El autor es siempre la persona física, posición que es recogida mayoritariamente en los ordenamientos penales y que tienen como fundamento el principio del *societas delinquere non potest*. Este principio rechaza la posibilidad de atribuirle responsabilidad penal a las sociedades anónimas ya que en caso se cometa algún delito, que en apariencia pudiera imputársele al ente social, la responsabilidad alcanzará sólo a las personas físicas que actúan por ella. El argumento está en que la sociedad anónima, considerada “ente artificial”, sólo puede actuar a través de sus órganos o representantes, personas físicas que sí reúnen los requisitos necesarios para ser sancionadas penalmente, ya que las sociedades anónimas no pueden delinquir por sí mismas.

Para poder comprender mejor el fundamento del principio y sus alcances, es conveniente repasar los argumentos dogmáticos de incapacidad de acción,

---

<sup>262</sup> CHICHIZOLA, Mario I., “Responsabilidad penal”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1981, T. XXIV, p. 902.

<sup>263</sup> NAVARRO CARRILLO, John, *Estudios de los Principios Generales del Título Preliminar del Código Penal*, Gráfica Juárez, Lima, 2002, p. 148.

de culpabilidad y de pena, sin dejar de complementar cada una con la posición que sí admite la responsabilidad del ente social.

### **a) Respeto de la acción**

Mayoritariamente se requiere de una conducta humana voluntaria para establecer una sanción penal. Así, por ejemplo, Roxin, uno de los autores más influyentes en la actualidad, entiende la acción como “manifestación de la personalidad”, es decir, para él, acción es “todo lo que se puede atribuir a un ser humano, como centro anímico espiritual de acción”<sup>264</sup>; acción, en ese sentido, es todo comportamiento humano voluntario. Sin embargo, adelantándonos a la nueva teoría, para quienes consideran que sí es posible atribuir responsabilidad penal a las sociedades anónimas, la afirmación de que en el Derecho penal las acciones son comportamientos humanos voluntarios es únicamente un dogma<sup>265</sup>, el cual puede ser fácilmente superado si se recurre, como en la actualidad, a un concepto jurídico penal de acción. Bastaría que el legislador incluyera en las normas penales, conductas que le pudieran ser atribuidas a entes colectivos.

De otro lado, se señala que el concepto actual de acción es limitado, pues no toma en cuenta que las sociedades anónimas sí están en capacidad de realizar una conducta que integra un hecho jurídico, es decir, como centro de imputación de derechos y deberes tienen capacidad de acción, la misma que es reconocida por las diversas ramas del Derecho, excepto y contrariamente por el Derecho penal. De allí que se afirme que el concepto de acción no es un obstáculo para responsabilizar penalmente a las sociedades anónimas, sino más bien que éste es un problema de atribución o imputación del delito a un agente determinado.

Al respecto, consideramos que el concepto de acción, específicamente el de acción típica no es un límite, prueba de ello es que muchos de los nuevos tipos penales que prevén y sancionan delitos socioeconómicos y medioambientales han sido formulados de tal manera que sólo podrían incurrir

---

<sup>264</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1999, T. I, p. 252.

<sup>265</sup> Así lo señala expresamente TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Anuario de Derecho Penal '96*, Lima, 1996, p. 114.

en ellos las sociedades anónimas u otro tipo de personas jurídicas. Pero como a ellas no se les puede hacer un reproche ético-jurídico, se recurre a figuras como el actuar por otro, sancionando a las personas físicas pero no a quien sería el autor directo: el ente social.

### ***b) Respetto de la culpabilidad***

Al igual que en la acción, hay coincidencia mayoritaria en que la culpabilidad es un reproche que se hace sólo a un sujeto. Sobre el contenido de este reproche, se señala que más que ético, es normativo, pues se culpa al individuo por haberse comportado de manera contraria al mandato normativo (no matar, no contaminar, etc.), a pesar de comprender y entender el significado de la norma y tener la capacidad de determinarse conforme a ella, lo que le permitía (en esa situación concreta) estar en la posibilidad de optar por una alternativa de conducta conforme a derecho<sup>266</sup>. En ese sentido, se afirma que el único que tiene capacidad psíquica para entender el mandato normativo y la posibilidad de decidirse por una conducta alternativa conforme a Derecho es el ser humano, incidiéndose en que “los problemas relativos a la culpabilidad de las organizaciones colectivas no tienen que ver sólo con la falta de conciencia y la incapacidad de evitabilidad<sup>267</sup> individual del hecho antijurídico, sino principalmente con el hecho de que sin autoconciencia como individuo o persona (en referencia a otras personas) o conciencia de sí mismo o de una identidad propia (...) no existe culpabilidad”<sup>268</sup>.

Por ello, si realmente quiere imputárseles responsabilidad, tendría que atribuirse a estos entes la capacidad de culpabilidad de las personas físicas que la integran. Ello resultaría contrario a la responsabilidad personal por el hecho propio y conduciría a una simple responsabilidad objetiva de la

<sup>266</sup> Al respecto, puede verse ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., T. I, pp. 792 y 807-811.

<sup>267</sup> Se parte de la creencia que el individuo ha tenido la posibilidad de decidirse a actuar de manera distinta a como lo hizo finalmente, es decir, que pudo haber evitado la producción del hecho ilícito contrario a la norma, de habérselo propuesto. Por ello se le reprocha que, en ejercicio de su libertad de determinación, haya orientado su decisión por una actuación que lesiona o pone en peligro intereses valiosos, tutelados por normas penales.

<sup>268</sup> Así lo señala FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 84-85.

organización colectiva, incompatible con la vigencia del principio de culpabilidad.

Como contrapartida, los que están a favor de responsabilizar penalmente a las sociedades anónimas aceptan que este concepto de culpabilidad, construido para fundamentar la punición a personas físicas, no sirve, por ello consideran necesario crear un concepto de culpabilidad para los entes sociales, que sea paralelo al concepto actual, lo cual sería factible dado que la sociedad anónima y demás entes colectivos poseen voluntad propia distinta a la de sus miembros, que es la que le permite actuar y realizar actos contrarios a Derecho<sup>269</sup>.

Este nuevo concepto podría fundamentarse en una culpabilidad por defecto del ente social, en la cual ésta, a través de sus órganos o representantes, no ha tomado las precauciones necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de las actividades de la entidad<sup>270</sup>, es decir, es la sociedad anónima la que debe garantizar que sus actividades se desarrollen dentro del marco legal. Se trata de una culpabilidad que, limitándose a tener en cuenta el *animus*, la intención, el motivo que lleva a los entes sociales, a actuar contraviniendo las normas penales<sup>271</sup>, no está fundada en una actuación personalísima, como en la forma tradicional, sino en la necesidad de responder a los nuevos requerimientos sociales que exigen una protección más eficaz de los bienes jurídicos colectivos.

### **c) Respecto de la pena**

La pena es una consecuencia jurídica derivada del delito, que como tal “busca la realización de ciertos fines en la estructura de la sociedad, orientando

---

<sup>269</sup> Aunque, para autores como Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (*Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 1ª ed., Aranzandi, Navarra, 2000, p. 229, citada por FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 76), más que construir un modelo paralelo de culpabilidad, lo que se debe hacer es atender a las nuevas transformaciones en el contenido de esta y otras categorías del delito, que fácilmente pueden permitir imputar responsabilidad a las personas jurídicas. Para esta autora, igual que TIEDEMANN, la culpabilidad como reproche sólo a la persona física es un dogma, que puede ser fácilmente superado por un concepto que tenga en cuenta las actuales exigencias sociales de punir a estos entes.

<sup>270</sup> GRACIA MARTÍN, Luis, “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 4, Lima, 1994, p. 498.

<sup>271</sup> Sobre esta nueva forma de culpabilidad de la empresa puede verse TIEDEMANN, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., pp. 116-120.

la conducta de los ciudadanos mediante la representación de la posible sanción misma<sup>272</sup>. Ésta cumple una función preventivo general negativa<sup>273</sup>, pues mediante la intimidación o amenaza se pretende desalentar a posibles infractores, una función preventivo general positiva, ya que busca generar confianza en los ciudadanos en la vigencia de la norma penal, así como también una función preventivo especial, en tanto busca resocializar, reeducar y rehabilitar al condenado.

La aplicación de la pena presupone la culpabilidad del sujeto, es decir, que se le pueda reprochar haber optado, pese a conocer la norma y poder decidirse a actuar conforme a ella, por un comportamiento contrario.

De manera que no basta con imputar a la sociedad anónima la realización del supuesto de hecho típico, en el que incurren sus miembros, sino que es necesario hacer un reproche de culpabilidad. Como ese reproche no se le puede hacer a la sociedad anónima y demás personas jurídicas, no es posible imponerle una pena, pues la pena requiere una justificación que legitime su aplicación. Esta no puede justificarse en criterios de utilidad tales como motivar a la empresa a que se organice internamente de forma correcta, analizando el costo-beneficio de su actuar delictivo.

Tampoco puede justificarse la pena en criterios preventivos generales positivos, puesto que la sociedad anónima y demás entes colectivos no pueden captar el mensaje comunicativo de la pena (restablecer la vigencia de la norma vulnerada), pues esta capacidad sólo la posee la persona física, que es, al final, quien vincula la organización empresarial al orden jurídico que la reconoce y permite su actuación. Además, la sociedad anónima no puede sentir el mal que supone la pena y menos ser objeto de reeducación, resocialización o rehabilitación ya que sólo las personas físicas pueden ser objeto de tal tratamiento preventivo especial.

---

<sup>272</sup> PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, 6ª ed. Giuffrè, Milán, 1998, p. 657.

<sup>273</sup> A partir de la prevención general se tiene a la pena como medio de prevención de los delitos. Se manifiesta a través de la *prevención general negativa o intimidatoria* y la *prevención general positiva*. En el primer caso la pena evita o aparta a los ciudadanos de la comisión de delitos, poniéndose énfasis que será más efectivo el medio cuando se impone y se ejecuta. En la *general positiva*, la pena tiene una función integradora, de conservación del orden o del Derecho y así limitante del efecto intimidatorio de la prevención general. Si la prevención general considera a la colectividad como sujeto, la prevención especial busca prevenir los delitos de un individuo determinado.

Como siempre, la contradicción a esa negación de imputación, es que la decisión de sancionar sólo a las personas físicas supone el debilitamiento de la eficacia o el efecto preventivo de la pena, porque en esta forma de criminalidad no importa tanto el individuo, persona física interviniente en el hecho delictivo, sino el ente social, que en uso de la libertad social que le es reconocida ha tomado la decisión de actuar de manera que incurre en conductas delictivas.

Como señala Silvina Bacigalupo: “El uso indebido de esa libertad social que se le concede a la persona jurídica también debe tener como consecuencia la exigencia de responsabilidad penal. La imposición de una pena es justa toda vez que se refiere al uso indebido de la libertad social de un sujeto. En ese sentido, la pena aplicable a la persona jurídica tiene por objetivo la limitación de la libertad económica de la misma y, por lo tanto, resulta adecuada a su finalidad”<sup>274</sup>.

Por ello se señala que tiene un mejor efecto preventivo general el reconocimiento de responsabilidad penal a las sociedades anónimas y demás personas jurídicas, pues los miembros de esta colectividad van a sentirse intimidados con la pena impuesta al ente social. Además, de tener un importante efecto preventivo especial, al incidir directamente en la organización, pues impide que los miembros de la sociedad continúen delinquir.

Al parecer, existe consenso en que es necesario sancionar directamente a estos entes colectivos, el problema es si se puede recurrir a la pena estatal, pese a existir otras sanciones, que sin tener la naturaleza jurídica de una pena cumplen un papel similar en la orientación de la sociedad y la prevención de conductas ilícitas. A ello debe agregarse que la opción de punir a las sociedades anónimas y demás entes colectivos lleva a extender las categorías del delito, hasta hacerlas casi idénticas a las del Derecho administrativo sancionador.

## **2.2. Nuevo enfoque: revisión del principio del *societas delinquere non potest***

---

<sup>274</sup> BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 133.

En las últimas décadas, se ha comenzado a poner mayor atención a determinados hechos que se presentan, como consecuencia del desarrollo de la actividad económica e industrial post moderna y post capitalista, y de la proliferación de empresas que funcionan bajo la forma de entes sociales o sociedades anónimas. Se trata de hechos desvalorados por ser contrarios al orden social que el ordenamiento jurídico busca preservar, hechos basados en la lesión o puesta en peligro, no ya de los clásicos bienes jurídicos individuales, tales como vida, patrimonio, honor, etc., sino en los llamados bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o pluriofensivos, en los que más que proteger los intereses de una víctima específica, se busca asegurar las condiciones de la vida en sociedad como medio ambiente, orden económico, y otros.

Esta situación, junto a otras<sup>275</sup>, ha dado lugar al fenómeno expansivo del Derecho penal, un cambio de dirección que se produce como consecuencia de la presión de diversos sectores de la sociedad que exigen una protección más efectiva frente a nuevos riesgos. Por ello se afirma que este fenómeno tiene una “dimensión clara y marcadamente cuantitativa”<sup>276</sup>, pues se demanda una mayor y más enérgica intervención punitiva estatal en determinados ámbitos, como el de la actividad económica y la protección del medio ambiente, intervención que algunos autores interpretan como una señal de modernización del Derecho penal<sup>277</sup>, pero que también puede ser entendida como una intolerable e innecesaria injerencia en ámbitos que ya se encuentran regulados otras ramas del Derecho, que si bien no han tenido el éxito esperado no puede considerarse tal regulación como un fracaso que justifique y legitime la intervención punitiva estatal.

En ese sentido, una de las nuevas ramas del Derecho penal es el llamado Derecho penal económico, cuyos tipos penales se orientan a la protección de nuevos bienes jurídicos supraindividuales, la mayoría de ellos dirigidos a la protección no sólo de intereses jurídicos individuales sino también de aquellos

---

<sup>275</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal*, 2ª edición, Madrid, 2001, pp. 25-52. En esta obra desarrolla temas como el surgimiento de nuevos intereses, la aparición de nuevos riesgos, la inseguridad ciudadana, el descrédito de instancias de protección, entre otras.

<sup>276</sup> Así lo señala GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 58.

<sup>277</sup> Al respecto puede verse GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, cit., pp. 57 y ss.

públicos o estatales. Dado su carácter pluriofensivo, se les denomina también bienes jurídicos intermedios<sup>278</sup>, como por ejemplo los relativos a la competencia, intereses de los consumidores, de los trabajadores, entre otros.

Debe tenerse presente que esta intervención punitiva se ha producido en aquellos sectores en los que intervienen las organizaciones colectivas como la sociedad anónima, bajo la forma de empresas, las mismas que constituyen “uno de los núdulos esenciales del modo de ser comunitario de las actuales sociedades post-industriales”<sup>279</sup>, entes que no sólo cumplen un papel importante en las actuales sociedades, sino que constituye, muchas veces, también una fuente de actividades ilícitas complejas y difusas<sup>280</sup>.

Esta forma jurídica bajo la que actúan permite ocultar una división jerarquizada de trabajo y de toma de decisiones, facilita la comisión de hechos delictivos y asegura, de cierta forma, la impunidad de los responsables, pues en la realidad social aparece como una auténtica actuación de la organización o sociedad anónima y no como la consecuencia de un difuso proceso interno. Esta situación obliga al Derecho penal a penetrar en la realidad de estas organizaciones, observar su funcionamiento interno e intentar individualizar responsabilidades, a diferencia de lo que sucede en el campo civil y comercial, donde puede recurrirse, excepcionalmente, al levantamiento del velo societario.

La modernización del Derecho penal plantea nuevas exigencias, que no pueden ser abarcadas por el Derecho penal tradicional, por ello, desde

---

<sup>278</sup> Denominación acuñada por Klaus TIEDEMANN, en sus diversas obras sobre la materia, entre ellas: *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 10 (citada por GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 77).

<sup>279</sup> Al respecto puede verse FARIA COSTA, José de, “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos”, en SCHÜNEMANN /DE FIGUEIREDO DÍAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 427. Este autor emplea estas y otras consideraciones para fundamentar una auténtica responsabilidad penal de la empresa.

<sup>280</sup> como señala GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, cit., p. 84: “la mayor parte de la actividad económica —y, correspondientemente, la actividad delictiva económica— de hecho sólo es imaginable y posible a partir de la organización de un conjunto de medios y personas en forma de una empresa, y, por ello, en el ejercicio de una actividad típicamente empresarial o en relación con ella”. Asimismo, Hans ACHENBACH (“Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán”, en SCHÜNEMANN /DE FIGUEIREDO DÍAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 381), citando un estudio sobre los delitos económicos en la República Federal Alemana, llevado a cabo entre 1974 y 1985, señala que en él se llegó a la conclusión que “más del 80 % de los delitos económicos conocidos se habrían cometido en relación con una actividad del principal inculpado dentro de una empresa”.

consideraciones político-criminal (utilitarista, en definitiva), se plantea la conveniencia de atribuir responsabilidad criminal a las sociedades anónimas y demás personas jurídicas, que participan en el mercado<sup>281</sup>.

Para la determinación de esta responsabilidad se tendrá en cuenta si el hecho delictivo se ejecuta dentro de la esfera de las operaciones o negocios de la sociedad, si tiene alguna relación con las actividades sociales, si se han utilizado medios o recursos de la organización, si se realiza por acuerdo o resolución de alguno de sus órganos o por actos de alguno de sus representantes o dirigentes, o empleados, o terceros que procedan por orden o instigación de cualquiera de sus dirigentes o representantes, y si proporciona algún provecho o beneficio económico o de otro tipo de sociedad o empresa, si la empresa ha sido utilizada para encubrir el hecho punible, etc.<sup>282</sup>

### 2.3. La sociedad anónima como sujeto imputable

En oposición al principio del *societas delinquere non potest*, considerando que la responsabilidad penal constituye la obligación de soportar las consecuencias específicas del delito, la posibilidad de responsabilizar penalmente a las sociedades anónimas, es decir, de hacer recaer en ellas o atribuirle una determinada conducta ilícita, resultaría viable<sup>283</sup>. Ello debido a que existen delitos que sólo pueden ser cometidos por entes colectivos como las sociedades anónimas (es el caso del delito de abuso de la posición de dominio en el mercado, entre otros). Siendo la sociedad anónima, al igual que la persona física, sujeto jurídico destinatario de derechos y deberes, está en la obligación de observar y cumplir las disposiciones legales que regulan su actuación en la sociedad; no obstante, en ocasiones, al igual que éstas,

---

<sup>281</sup> Al respecto, HURTADO POZO, José, "Personas jurídicas y responsabilidad penal", en *Anuario de Derecho Penal '97*, Lima, 1997, p. 158: "[Responsabilizar] a alguien de la comisión de un hecho es, sin embargo, una cuestión convencional y normativa, lo decisivo es entonces saber cuáles son los criterios de imputación que deben ser admitidos. Los criterios tradicionales respecto a la responsabilidad individual no pueden ser los mismos para establecer la responsabilidad de la sociedad anónima".

<sup>282</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José, "Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional '*societas delinquere non potest*'", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 11, Madrid, 1980, p. 67.

<sup>283</sup> Situación que viene siendo aceptada, sobre todo, en países de influencia anglosajona, así como también en países ajenos a esa tradición jurídica como sucede en Holanda, y recientemente, en Francia.

también puede inobservarlas, lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicos que estas disposiciones buscan proteger<sup>284</sup>, ocasionando una serie de perjuicios económicos y sociales. A partir de esta nueva perspectiva, se han venido elaborando algunos modelos de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, extendibles a la sociedad anónima, los cuales se pueden reducir básicamente a tres<sup>285</sup>:

**a) El acto del órgano de la empresa como infracción propia de la organización**

Se imputa responsabilidad penal a la persona jurídica por los comportamientos externos de sus órganos que sean contrarios a Derecho. Esta imputación se basaba en la lesión o violación de los deberes de vigilancia de la organización respecto de los actos de sus órganos y demás dependientes dentro de la organización jerárquica, ello en la medida que tales actos delictivos podrían haber sido evitados si se hubiera llevado a cabo una mejor elección de su personal o un control más eficaz de sus actos.

Las objeciones que se hacen a este modelo son, sobre todo, porque las conductas ilícitas no son consecuencia de la decisión de una sola persona o un reducido grupo de éstas, sino del propio desarrollo de las actividades de la organización, de la forma como éstas han sido planificadas y como se vienen ejecutando<sup>286</sup>.

**b) La organización deficiente de la empresa**

---

<sup>284</sup> CASTILLO ALVA, José Luis, "Apuntes sobre la responsabilidad penal de la empresa y las personas jurídicas", en *Normas Leales*, T. 276, Trujillo, 1999, p. A-48.

<sup>285</sup> Al respecto, HEINE, Günter, "La responsabilidad penal de la empresa: evolución internacional y consecuencias nacionales", en *Anuario de Derecho Penal '96*, Lima, 1996, pp. 29-33, quien considera que los modelos de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas se pueden reducir a tres.

<sup>286</sup> Se puede presentar el caso de una empresa minera que desarrolla sus actividades sin conocer que como consecuencia de ellas viene contaminando el medio ambiente. Debido a que la empresa que contrató para que efectúe el estudio de impacto ambiental emitió un informe errado. Obviamente a la empresa minera no se le puede imputar responsabilidad penal, pues ha actuado en la creencia, fundada en el estudio de impacto ambiental, que su actividad no afectaba el medio ambiente (error de prohibición).

En este caso, no se busca individualizar comportamientos errados de alguno de los órganos o dependientes de la persona jurídica, sino que la imputación se basa en que no se han ponderado adecuadamente los riesgos que acompañan su actividad, debido a una deficiente organización de la entidad. Esta falta de cuidado o deficiencia se le imputa a la persona jurídica, “atendiendo a su tamaño, su actividad económica, su posición en el mercado y el tipo de perturbación social que debe serle imputado”<sup>287</sup>.

La principal objeción que se hace a este modelo es la de cómo determinar el carácter deficiente de la organización y qué deficiencias pueden serle imputadas a la entidad. Lo que sucede es que al ente social no se le puede exigir que prevea todos los riesgos derivados de su actividad, sino sólo aquellos que conoce y respecto a los cuales puede hacer un cálculo racional. Una forma de evitar intervenciones arbitrarias sería normar, en cada ámbito de su actividad, qué deficiencias pueden serle imputadas.

### ***c) El principio de causalidad***

Según este modelo, la persona jurídica debe responder en todos los casos en los que la autoridad estatal hubiese previsto determinadas disposiciones que regulan los riesgos derivados de la actividad que desarrollan estos entes colectivos, sin necesidad de verificar previamente los errores o deficiencias en los que hubiera podido incurrir. Basta con verificar que se ha incumplido la disposición sobre la materia (como superar los valores límites de emisión de sustancias químicas, en los delitos contra el medio ambiente).

La objeción que se hace es que el Estado no está en posibilidad de conocer y fijar de manera definitiva los riesgos derivados del desarrollo de la sociedad, debido a que este conocimiento suele estar en manos, precisamente, de las organizaciones que se pretende controlar.

## **2.4. Responsabilidad penal de la Sociedad Anónima en el Derecho comparado**

---

<sup>287</sup> Así lo señala HEINE, “La responsabilidad penal de la empresa: evolución internacional y consecuencias nacionales”, cit., p. 31.

En los países donde imperan criterios pragmáticos, como es el caso de los que pertenecen al sistema anglosajón del *Common Law*, no es un problema atribuir responsabilidad penal a las sociedades anónimas y demás personas jurídicas, pues esta posibilidad es reconocida desde el siglo XIX<sup>288</sup>. No obstante ello, países que no necesariamente comparten esta tradición jurídica se han ido acercando a este modelo, sobre todo por los instrumentos legales que brinda para sancionar a estas organizaciones colectivas. Es el caso de Japón, Corea, Serbia, Holanda, Dinamarca, Noruega, Suecia, Portugal y Francia. Llama sobre todo la atención el cambio de dirección de estos dos últimos países, de gran tradición romano-germánica, cuyo Derecho penal se estructura sobre la base del principio de culpabilidad personal, que supone un reproche de índole ético al individuo.

En el caso de Francia, argumenta Pradel<sup>289</sup>, el principio de responsabilidad penal de la sociedad anónima es sobre la base de una concepción de la culpabilidad fundada ya no en consideraciones éticas, sino en una construcción jurídica que responda a las exigencias sociales.

Según De Faria Costa<sup>290</sup>, en el caso de Portugal, el legislador penal consideró a las sociedades anónimas susceptibles de sanción para ser coherente con su intención político-legislativa de punir a los entes colectivos por las conductas contrarias a Derecho, que en el ejercicio de su actividad o con ocasión de ella venían incurriendo en diversos ámbitos. Se trata de conductas que ya habían sido advertidas y venían siendo sancionadas por el Derecho administrativo sancionador.

Los partidarios de mantener vigente el principio "*societas delinquere non potest*" son sobre todo aquellos países de tradición romano-germánica: España, Italia, Alemania y casi todos los latinoamericanos, aunque es de dar relieve al hecho que en estos países ya existe una fuerte tendencia a responsabilizar penalmente a las sociedades anónimas y demás personas jurídicas<sup>291</sup>. Hay una exigencia al cambio de dirección, como el dado por

---

<sup>288</sup> Así lo señala HURTADO POZO, "Personas jurídicas y responsabilidad penal", cit., *passim*.

<sup>289</sup> PRADEL, Jean, "La responsabilidad penal de la persona moral", en *Anuario de Derecho Penal* '96, Lima, 1996, pp. 76 y ss.

<sup>290</sup> FARIA COSTA, "La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos", cit., pp. 438-439.

<sup>291</sup> En estos países, las personas jurídicas reciben sanciones administrativas y son también objeto de sanciones penales, en la forma de consecuencias accesorias o medidas de

Francia y Portugal, pues consideran que el actual modelo no satisface las exigencias preventivas en el ámbito de la criminalidad económica y contra el medio ambiente. Es necesario señalar que aquellos que rechazan la responsabilidad penal de las sociedades anónimas u otras personas jurídicas, de ninguna manera propugnan la impunidad frente a estas nuevas formas de criminalidad, por el contrario, frente a estos hechos delictivos plantean que la responsabilidad debe alcanzar sólo a las personas físicas que actúan por ella, debido a que la sociedad anónima sólo puede actuar a través de sus órganos o representantes: personas físicas que reúnen los requisitos necesarios para ser sancionadas penalmente. Para lograrlo, vienen desarrollando figuras compatibles con su tradición dogmática, como “el actuar por otro”, así como también revisando las construcciones dogmáticas existentes, sobre todo en el ámbito de la autoría y participación.

Afirman que la sociedad anónima sí puede ser objeto de responsabilidad civil o administrativa porque los fines y presupuestos de la responsabilidad en estas ramas del Derecho son distintos. Así, se admite sin mayor problema la responsabilidad objetiva de las empresas, aunque, en casos excepcionales, pese a la renuencia a penetrar en el interior de la organización y atribuir responsabilidad personal (patrimonial) a sus integrantes, se ha optado por acudir a la doctrina del levantamiento del velo societario, cuando hay simulaciones, fraudes o abusos del derecho<sup>292</sup>.

De ahí que, quienes defienden esta posición se preguntan por qué algunos penalistas insisten en imputar responsabilidad penal a la sociedad anónima y demás personas jurídicas, si hasta otras ramas del Derecho han cedido en su sólida posición, optando por individualizar a las personas físicas responsables, por ser ellas en realidad quienes actúan, amparadas en la forma jurídica, lesionando o poniendo en peligro intereses colectivos o de terceros.

---

seguridad, siempre que se individualice y sanciones a las personas físicas responsables de los actos delictivos. Esto significa que también son pasibles de soportar la intervención punitiva estatal. Pues el derecho administrativo sancionador es expresión del *ius puniendi*. Por ello, algunos autores consideran que el Estado debe ser coherente con su política legislativa, declarando que ya no está vigente el principio de irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, y no recurrir al fraude de etiquetas llamando de distintas formas lo que son auténticas penas.

<sup>292</sup> Así lo señala FEIJÓ SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 93 y 94.

No obstante, tal argumento no es válido, porque si bien parecería contradictorio propugnar la imputabilidad de la sociedad anónima y demás entes colectivos en el campo penal y, a la vez, buscar responsabilizar a las personas físicas integrantes del ente colectivo en el campo administrativo y civil, en realidad, en la medida que el fundamento de la sanción o las consecuencias aplicables a tales entidades sea distinto, resulta legítimo recurrir al instrumento más gravoso del ordenamiento jurídico para hacerlas responsables de la inobservancia de los deberes que regulan su actuación en la sociedad.

De lo apuntado se infiere que, ni quienes optan por atribuir responsabilidad penal a los entes sociales, ni quienes toman posición por su exclusión presentan sólidos fundamentos. Quienes han optado por atribuir responsabilidad penal a la sociedad anónima, en su mayoría no han tenido problemas porque no tienen una tradición de Derecho penal construido sobre la base de una responsabilidad individual. No obstante ello, hasta el momento no han podido construir una dogmática coherente que les permita sustentar mejor su posición y no apoyarse sólo en consideraciones pragmáticas e intimidatorias. Similar problema presentan quienes han optado por considerar irresponsable a la sociedad anónima, pues los instrumentos dogmáticos con los que cuentan se han mostrado, en algunos casos, insuficientes para resolver los problemas de imputación de responsabilidad penal a personas físicas por los actos que realizan este tipo de personas jurídicas.

### **3. ALTERNATIVA DE SANCIÓN POR LO ACTOS COMETIDOS POR LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

Debido a las dificultades doctrinales, que se presentan en la actualidad y que imposibilitan responsabilizar penalmente a la sociedad anónima y demás personas jurídicas, es que se busca alternativas para proteger los bienes jurídicos que se ven seriamente afectados por la participación de estos entes colectivos en la sociedad.

La principal alternativa a la que se recurre es la de imputar a las personas físicas, representantes legales o miembros del órgano directivo, la responsabilidad por el acto delictivo cometido con ocasión de la actuación de

estas entidades. Mientras que a las sociedades anónimas y demás personas jurídicas se les aplica consecuencias accesorias. Esta solución encuentra como principal obstáculo para la imputación de responsabilidad a los representantes del ente colectivo la existencia de los denominados “delitos especiales”.

La mayoría de tipos penales de la parte especial del Código Penal y legislación penal complementaria han sido redactados de tal manera que cualquiera puede ser autor o partícipe de estos delitos. No obstante ello, existe un grupo de delitos, los delitos especiales, que sólo pueden ser cometidos por determinado tipo de personas, aquellas que reúnen las cualidades o condiciones especiales que requiere la naturaleza del delito. Por ejemplo, autor del delito de parricidio sólo puede ser el ascendiente, el descendiente, el cónyuge o el concubino de la víctima. Mientras que autor del delito de especulación sólo puede ser el productor, fabricante o comerciante que pone en venta determinados productos de primera necesidad, a precios superiores a los fijados por autoridad competente.

Evidentemente, en este último caso, autor del delito sólo puede ser aquel que ostente la calidad de productor, fabricante o comerciante. El problema se presenta debido a que tal calidad o condición sólo la reúnen personas jurídicas como la sociedad anónima, no la persona física, que actúa como representante de dicho ente. Para salvar esta dificultad, en la imputación del hecho delictivo es que se ha creado la figura del actuar por otro.

### **3.1. El actuar por otro**

Para evitar dejar sin sanción a los autores materiales o ejecutores de un delito, que por su naturaleza no podría imputársele a una persona física, es que se crea esta figura, que permite sancionar a aquel que actúa en nombre y/o representación de la entidad, incurriendo con su actuación en un hecho delictivo<sup>293</sup>.

---

<sup>293</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión”, en *Ius et Veritas*, Año VII, N° 13, Lima, 1996, p. 207.

Esta figura ha sido incluida por el legislador peruano, en el artículo 27º del Código Penal de 1991<sup>294</sup>, y permite sancionar a los órganos de representación y representantes legales de las personas jurídicas, como centros decisorios, que llevan a cabo u ordenan la ejecución de conductas previstas como hechos delictivos, las mismas que han sido redactadas en el Código Penal, de tal forma que no pueden ser cometidas directamente por una persona física, sino por un ente colectivo, como es el caso de abuso de la posición monopólica. Quien ostenta la posición monopólica en el mercado es la persona jurídica, no la persona física, pero es evidente que quien lleva a cabo los actos idóneos para que ésta incurra en un abuso de esa posición es la o las personas físicas que actúan en su representación.

Esta figura, además, permite sancionar a otras personas físicas que actúan en nombre del ente social, siempre que realizan la conducta prevista en el tipo penal. Cabe señalar que esta opción se plantea debido a que no resulta nada fácil detectar al verdadero responsable del hecho delictivo, pudiendo quedar los verdaderos autores del delito sin sanción, así como también, para evitar que el representante u órgano de dirección responda por todos los actos delictivos de la organización, así él no fuera el responsable directo<sup>295</sup>.

### 3.2. Responsabilidad del administrador societario

Existe otra vía de sanción, que podría decirse que es una forma “de levantar el velo societario” en materia penal y está en relación al deber de garante atribuible a determinados administradores societarios. Se trata de aplicar extensivamente a los órganos de gestión, el supuesto previsto en el artículo 13º del Código Penal que regula la figura de la comisión por omisión u

---

<sup>294</sup> **Código Penal, Artículo 27º.- Actuación en nombre de otro.-** El que actúa como órgano de representación autorizado de una sociedad anónima o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.

<sup>295</sup> Como se señala en la sentencia 3963-96, Ancash, de fecha 24 de octubre de 1997: “La sociedad anónima no posee capacidad de conducta de acuerdo al principio ‘*societas delinquere non potest*’, recayendo en todo caso dicho atributo sólo en las personas naturales; no pudiéndose instaurar proceso penal contra el encausado Víctor Solórzano e hijos, debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de su representación, o como socio representante autorizado de ella” (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal. Ejecutorias de la Corte Suprema [1996-1998]*, Grijley, Lima, 1999, T. I, p. 84).

“omisión impropia”. Se sanciona a aquel que omita impedir la realización del hecho punible, si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo, o si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. Esta norma llega a alcanzar a los administradores de una sociedad anónima cuando según su status especial, calidad o posición de garante no cumplan con el rol social que le corresponde. Esta correspondencia se hará con la verificación de la equivalencia o competencia normativa, esto es, se identifica el deber que cada administrador tiene en la organización societaria y en el ejercicio de la función o tarea que tiene, se exige de él, una acción positiva para evitar que se produzca un resultado lesivo. Cuando se habla de equivalencia o competencia normativa, éstas se refieren a los elementos subjetivos y objetivos que sostienen la imputación penal si se trata de una conducta positiva. El elemento objetivo será cuando el administrador, en posición de garante, con su acto omisivo crea y realiza riesgos no permitidos por el Derecho penal y que además actúa de forma culposa o dolosa (elemento subjetivo), ya que si actúa dentro de los estándares y riesgos tolerados o permitidos, no podrá ser responsable penalmente. Para la equivalencia normativa se tiene en cuenta el principio de división del trabajo, principio de la confianza y de responsabilidad para determinar las competencias penales del administrador de un ente social, recurriendo, sin duda, a los deberes y funciones de los órganos previstos en la Ley General de Sociedades, el Pacto social y Estatuto.

Doctrinariamente, aún hay debate sobre este tema y a propósito nos viene a la memoria el “caso Utopía”, acerca del siniestro de la Discoteca Utopía perteneciente a la empresa Inversiones García North SAC, en el que a los órganos de gestión ( directores y gerente con experiencia en el giro del negocio) del ente social se les imputó negligencia grave en el ejercicio de sus funciones al infringir el elemental deber de cuidado de la vida de las personas que concurrían a la discoteca, al no haberse cumplido con los reglamentos de seguridad y ejecutar acciones preventivas de seguridad. Sin asumir una posición respecto a esta imputación, sólo nos aunamos a la doctrina que recomienda tener en cuenta que como el artículo 13<sup>º</sup> se encuentra en la parte general del ordenamiento penal, para su análisis resulta necesario remitirse a

los tipos penales que se encuentran en la parte especial a fin de establecer las particularidades del reproche o injusto que se imputa.

### 3.3. Consecuencias accesorias

Las consecuencias accesorias vienen a formar parte del grupo de consecuencias jurídicas derivadas de un hecho delictivo que, en el caso peruano, el legislador, siguiendo el modelo español, ha previsto de aplicación a las sociedades anónimas, como personas jurídicas. Al respecto en la Resolución de la Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Penal Especial, Exp.011-2001 del 08-08-2006, se señala: 102. Finalmente, queremos referirnos a un asunto que muy pocas veces ha sido objeto de aplicación por los tribunales nacionales, siendo una figura que por su propia naturaleza resulta siendo de gran importancia en el marco de la lucha contra el crimen organizado y en especial contra el uso abusivo de la personería jurídica con la sola finalidad de perpetrar el delito u ocultarlo, nos referimos a las denominadas consecuencias accesorias del delito, aplicables a personas jurídicas, las mismas que se encuentran reguladas en el artículo ciento cinco del Código Penal, siendo pertinente indicar que cuando dicha norma habla, en este artículo, de *encubrimiento* no se refiere a la figura delictiva contemplada en el artículo cuatrocientos cinco del Código Penal, de aplicación a cualquier persona natural, sino que se aplica al caso del uso, para efectos de ocultamiento, que el agente realiza sobre la personería jurídica, instrumentalizándola, dado que en nuestro sistema aún opera el principio de *societas delinquere non potest*.”

En el artículo 104<sup>o</sup> se establece la privación de los beneficios obtenidos por la sociedad anónima “como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes”. Esta consecuencia accesoria tiene básicamente fines indemnizatorios o reparatorios, ya que el objetivo de la privación de los beneficios económicos obtenidos es asegurar el pago de la reparación civil, el mismo que puede verse frustrado cuando el patrimonio de los responsables no alcanza para pagar el monto indemnizatorio.

De otro lado, si bien expresamente no está regulado que la sociedad anónima sea tercero para los efectos del pago de la reparación civil, no obstante, tal como prescribe el artículo 99º del Código Penal, procede la acción civil contra los terceros cuando la sentencia dictada en la jurisdicción penal no alcanza a éstos, si concordamos ello con el artículo 101º<sup>296</sup> del mismo cuerpo penal, respecto a que el Código Civil es de aplicación supletoria para estos efectos, entonces tenemos que este tercero sí puede ser una organización, siempre y cuando sea un tercero civilmente responsable<sup>297</sup>.

Por otra parte, nada obsta para que la reparación civil que señale el juez penal considere lo que prescribe el Código Civil en el artículo 1985º, como indemnización integral, esto es, que tenga en cuenta los daños y perjuicios irrogados por el daño físico y patrimonial así como también el daño moral, en el caso de corresponder. En el artículo 93º inciso 2 del Código Penal, solamente se señala que la reparación civil comprende la indemnización por daños y perjuicios por lo que cabe aplicar supletoriamente el Código Civil, como ya ha sido precisado.

Otra de las consecuencias accesorias aplicables a las sociedades anónimas y demás personas jurídicas, son las medidas previstas en el artículo 105º del Código Penal, las mismas que, si bien no son penas, constituyen auténticas sanciones punitivas, junto a la pena y a la medida de seguridad<sup>298</sup>. Estas sanciones son aplicables al ente colectivo en tanto éste constituya un instrumento, estructura u objeto peligroso, en manos de la persona o personas físicas responsables de la infracción penal.

Esto significa que tales medidas aplicables a las personas jurídicas se sustentan en su peligrosidad, debido a que, objetivamente, ellas constituyen

<sup>296</sup> **Código Penal, Artículo 101º.- Aplicación suplementaria del Código Civil.-** La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

<sup>297</sup> “85... [El tercero civilmente responsable resulta ser aquel sujeto procesal, persona natural o jurídica, que sin haber participado en la comisión del delito y sin alcanzarle responsabilidad penal, asume el pasivo civil quedando, por disposición de la ley, solidariamente obligado con el o los responsables penales, por el importe, de la reparación civil.

86. Este tipo de responsabilidad se rige por la teoría de la responsabilidad civil, específicamente la responsabilidad civil extracontractual, debiendo acotar que esta responsabilidad supone la violación del deber general de no causar daño a otro.” Resolución de la Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Penal Especial, Exp.011-2001 del 08-08-2006.

<sup>298</sup> En ese sentido, compartimos la postura de Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (“Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el derecho penal español y el derecho penal peruano”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 15, Lima, 2004, p. 232) sobre el particular.

instrumentos favorecedores de la comisión de hechos delictivos por las personas físicas que las utilizan. De ahí que, mediante la aplicación de estas medidas se busca prevenir y/o evitar la continuidad de la actividad delictiva de las personas físicas y los efectos que pueda generar tal actividad, incidiendo directamente en el instrumento que les permite llevar a cabo tales ilícitos penales, puesto que, de permitir que continúen funcionando estos entes colectivos, no se eliminaría el riesgo de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que se busca tutelar.

En cuanto al tipo de consecuencias que prevé el artículo 105<sup>o299</sup> del Código Penal, en el inciso 1) se establece la clausura temporal o definitiva, en

---

<sup>299</sup> **Código Penal, Artículo 105º.- Medidas aplicables a las personas jurídicas.-** Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier sociedad anónima o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, **el Juez podrá** aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitiva. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la sociedad anónima para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

**Por Decreto Legislativo 982**, publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de julio del 2007, se modificó, entre otros, el artículo 105º en la siguiente forma:

“Artículo 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, **el Juez deberá** aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitiva. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un periodo de dos años. El cambio de razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.”

el 2) la disolución y liquidación de la organización, en el 3) la suspensión de actividades y en el 4) la prohibición de ejecutar las acciones por las cuales le alcanza las medidas. La clausura así como la disolución y liquidación son sanciones sumamente graves y plantean serios problemas en su aplicación, ya que tan severas consecuencias accesorias alcanzarían a todos los integrantes de la organización, incluso a aquellos que desconocían de esa actuación ilícita, sean trabajadores o directores culpables e inocentes, causándoles una serie de perjuicios y atentando contra sus intereses económicos. De ahí que, un sector de la doctrina considere que la aplicación de este tipo de sanciones vulneraría el principio de presunción de inocencia<sup>300</sup> y de proporcionalidad.

Al respecto, cabe precisar, en primer lugar, que no se puede imputar una consecuencia jurídica a la persona jurídica en todos los casos en los que un empleado, dirigente o representante suyo cometa un delito, con ocasión de una actividad relacionada con el funcionamiento de dicho ente colectivo. Como ya se ha visto, esta sanción sólo se puede imponer en aquellos casos en los que la organización favorece la comisión de delitos, y sólo en la medida que ella permita prevenir los riesgos de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

A ello se debe agregar que para imputar alguna de estas medidas a la persona jurídica se debe determinar previamente<sup>301</sup>: 1) Que existe una relación funcional o competencial con la entidad, es decir, que la persona física comete el delito en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica, dentro de su marco estatutario, en su representación o utilizando la organización; 2) que la actuación delictiva de la persona física se deba a un defecto de organización de la persona jurídica, a una gestión empresarial criminógena o a la infracción

---

<sup>300</sup> Al respecto, CASTILLO ALVA, José, "El actuar por otro: responsabilidad penal de los de los órganos representantes y socios representantes de una persona jurídica. El caso peruano", en *Normas Legales*, T. 279, Trujillo, 1999, p. A-65. Cabe precisar, estas medidas no constituyen sanciones para las personas físicas, sino mecanismos para prevenir la peligrosidad del ente colectivo, obviamente, como toda consecuencia jurídica derivada del un delito, afecta también a terceros inocentes, pero ello no significa que se vulnere el principio de presunción de inocencia, ya que durante la sustanciación del proceso no se dirige ninguna imputación contra ellas ni existe ningún pronunciamiento sobre su responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos.

<sup>301</sup> Como bien destaca, FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 177.

de los deberes que le son exigidos como consecuencia del desarrollo de sus actividades, y, además, 3) que exista una prognosis de que la entidad va a continuar siendo utilizada para cometer delitos.

Hasta la expedición del Decreto Legislativo 982 que modificó el artículo 105º, el juez no estaba obligado a imponer estas sanciones, la adopción de estas medidas era facultativa, en el entendido que sólo debía imponerlas cuando no exista otro remedio menos lesivo para impedir el riesgo de lesión de los bienes tutelados. Sin embargo hoy es un deber del juez aplicar estas medidas, es un imperativo.

Otro aspecto a tener en cuenta es si la imposición de la consecuencia accesoria contra la persona jurídica está sujeta a la determinación de la responsabilidad penal de la persona física o no. Un sector de la doctrina nacional<sup>302</sup> considera que al tratarse de una consecuencia accesoria depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física y, por consiguiente, de la existencia de una sentencia condenatoria dictada contra ella por un juez penal. Aunque, agregan que, no se requiere que la sanción se haga efectiva, pudiendo incluso dictarse tales consecuencias pese a haberse ordenado la suspensión de la ejecución de la condena o la reserva del fallo condenatorio.

Sin embargo, como bien destacan algunos autores<sup>303</sup>, si el objetivo de la aplicación de estas consecuencias es prevenir la peligrosidad objetiva de la persona jurídica, evitando la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, entonces para la aplicación de estas medidas bastaría determinar la existencia de un hecho delictivo, es decir, de un hecho típico y antijurídico. De manera que, pese a no haberse podido imputar responsabilidad penal a la persona física procesada o haber incurrido ésta en alguna causal de inculpabilidad<sup>304</sup> o

---

<sup>302</sup> Entre otros, PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pp. 184-185.

<sup>303</sup> Al respecto, MIR PUIG, Santiago, "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 06-01, 2004, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.; FEIJÓ SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 179-184 y GARCÍA CAVERO, Percy, "Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano", en *Revista de Derecho* (Universidad de Piura), Vol. 7-2006, Piura, 2006, p. 112.

<sup>304</sup> Esto ocurre: 1) en caso la persona física presente alguna anomalía psíquica o actúe bajo la influencia de una grave alteración de la conciencia o la percepción; 2) en aquellos casos en los que actúe bajo error de prohibición, esto es, cuando la persona cree actuar amparada bajo una causa de justificación o desconoce que su conducta estaba prohibida; y, finalmente, 3) en

haber muerto, no obstante se podría sancionar la persona jurídica, siempre y cuando se determine la existencia del hecho típico y antijurídico y, además, se cumpla con los requisitos antes señalados<sup>305</sup>.

De otro lado, cabe precisar, a diferencia del Código Penal español<sup>306</sup>, el nuestro no prevé expresamente, en cada tipo penal, la clase de consecuencia accesoria que se debe imponer a la persona jurídica ni tampoco el plazo mínimo y máximo de extensión de esta medida. De manera que el juez puede imponer cualquiera de las sanciones previstas en el artículo 105º del Código Penal, por el plazo que crea conveniente, frente a cualquier hecho delictivo cometido por una persona física, siempre que la persona jurídica constituya un instrumento favorecedor de la realización de tales hechos.

Si bien el margen de actuación del juez es muy amplio, no obstante, ello no significa que éste pueda imponer esas medidas de manera arbitraria, pues dada su gravedad su aplicación estará reservada sólo a los casos más graves, en los que, además, se halla podido demostrar la peligrosidad objetiva de la persona jurídica.

En cuanto a la posibilidad de aplicar estas consecuencias accesorias como medidas cautelares contra la persona jurídica, durante la tramitación del proceso, cabe precisar que el Código Penal prevé expresamente esa posibilidad sólo para los delitos contra el medio ambiente (artículo 314º). Ello podría llevar a considerar que no es posible su aplicación fuera de este supuesto, más aún si tenemos en cuenta que el Código de Procedimientos Penales no prevé el procedimiento ni los requisitos para su aplicación. Esta controversia ha sido zanjada por el Código Procesal Penal de 2004 (que aún no entra en vigencia a nivel nacional), en su artículo 313º, en el cual se

---

aquellos casos en los que no se le puede exigir a la persona que se abstenga de cometer el hecho delictivo, sea por que actúa bajo la influencia de una fuerza física irresistible, por miedo insuperable,

<sup>305</sup> A favor de esta interpretación abonarían, además, consideraciones político criminales, pues si el objetivo es hacerlas efectivas, neutralizando la peligrosidad de estos entes, no se puede hacer depender su imposición a la imputación de responsabilidad penal o condena de la persona física, más aún conociendo los problemas que plantea la sanción efectiva de estas personas, por las dificultades probatorias, dada la complejidad de la organización y la difusa distribución de funciones entre sus miembros. Una posición en contrario fomentaría la impunidad total, e impediría evitar el cese de las actividades de una organización objetivamente peligrosa para los bienes jurídicos tutelados mediante las normas jurídicas.

<sup>306</sup> El artículo 129 del Código Penal español, en su inciso 1, establece: “El Juez o Tribunal, *en los supuestos previstos en este Código* (...) podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias (...)”.

establecen las medidas preventivas aplicables a la persona jurídica durante la tramitación del proceso, los requisitos para su aplicación y el plazo máximo de duración de estas medidas.

Cabe agregar que la imposición de algunas de estas consecuencias accesorias contra las personas jurídica excluye la posibilidad de aplicarle alguna otra medida administrativa que se sustente en los mismos hechos, la misma organización y, sobre todo, el mismo fundamento, que en este caso vendría a ser prevenir la peligrosidad del ente colectivo. De lo contrario, la imposición de una sanción administrativa, además de la penal vulnera el principio del *ne bis in idem*, deviniendo nula la segunda sanción impuesta.

Concluyendo, en esta parte, podemos decir que atribuir responsabilidad penal a las sociedades anónimas por la comisión de un determinado hecho delictivo no parece actualmente posible, debido a que los elementos de la teoría del delito, recogidos por casi todos los códigos penales que han recibido la influencia romano-germánica, han sido concebidos para analizar conductas humanas y, por ende, atribuir responsabilidad penal a una persona física, es decir, a un ser humano. Coincidimos con la posición que plantea la necesidad de contar con un modelo de imputación a las personas jurídicas, en general, y por ende también a la sociedad anónima, porque como sujeto de Derecho con deberes y derechos reconocidos, también debe responder penalmente por sus actos, ya que ello sería un disuasivo para evitar la impunidad que se da en muchos actos, por no poder comprobar la responsabilidad del representante legal.

## Capítulo Octavo

### DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

“De dudosa necesidad es, por ejemplo, la incorporación, como administración fraudulenta, de los casos en los que los directivos o administradores no comunican intereses incompatibles con la sociedad o aceptan como garantía acciones o títulos de la misma persona jurídica. No cabe duda que estas conductas pongan de manifiesto una falta de seriedad en el desarrollo de las labores de administración de las sociedades, pero resulta exagerado requerir del Derecho penal para solucionar estos problemas. La pretensión social de responsabilidad, la remoción del cargo y, dado el caso, la indemnización por daños y perjuicios son mecanismos de reacción suficientes para hacer frente a estos comportamientos irregulares”<sup>307</sup>.

Percy García Cavero

Corresponde ver el ilícito en el ámbito intramuros, esto es, cuando la sociedad es la víctima del delito debido a conductas que contravienen los preceptos normativos contenidos ya sea en el Estatuto social o en las leyes sobre la materia. Atendiendo a que, de conformidad con el principio de intervención mínima, sólo se debe acudir al Derecho Penal ante las transgresiones más graves y cuando los demás medios de control social han fracasado, es de verse que sólo aquellas conductas que no sean factibles de resolverse mediante las sanciones establecidas en la Ley General de Sociedades y subsidiariamente en el Código Civil, serán valoradas por el legislador y de acuerdo a su gravedad serán tipificadas como delitos, lo que en doctrina se conoce como “delitos societarios”, aun cuando nuestra legislación no la considera así, sino de manera general como delitos contra el patrimonio.

Como veremos, no se trata de cualquier persona la que incurre en este ilícito sino aquella que tiene un deber expreso y que viola el mismo o abusa de las facultades que tiene.

A partir del artículo 171<sup>o</sup> de la Ley General de Sociedades, cobra relevancia el cargo de un miembro del Directorio, al exigir que se desempeñe el

---

<sup>307</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, Palestra, Lima, 2005, pp. 31, 32.

cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Hay que resaltar el deber de lealtad, la ética y moral requeridos a aquellos encargados de la dirección y administración de ente social cualquiera, ya que, en algunos supuestos, más allá de ser una exigencia societaria, su trasgresión es sancionada penalmente, aun cuando directamente el bien jurídico protegido no es la lealtad o la moral sino el patrimonio social. Desde una perspectiva político criminal y principalmente por parte del foro empresarial, ha sido materia de planteamiento que es innecesario criminalizar ciertas conductas de los órganos de gestión y administración, toda vez que al tratarse de un campo especial el comercial, en el Derecho Societario ya están establecidos los supuestos de infracción y sus consecuencias. Efectivamente ello es así, pero tales consecuencias son de índole civil y mercantil, siendo necesario, no olvidando el carácter de última ratio de la norma penal, que aquellas conductas de grave reproche social requieran una calificación, y de ser el caso una sanción penal.<sup>308</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, es importante que se distinga claramente un delito societario de lo que puede ser una simple infracción societaria, ya que se verifica que tanto a nivel de calificación de denuncias por el Ministerio Público como en la decisión final de la Judicatura con frecuencia no se llega a establecer la distinción, ello, tal vez, debido a una concepción errónea del ámbito de protección penal, no sólo por parte de los justiciables, sino también de los magistrados.

Es objeto de este capítulo revisar el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, sólo que nosotros lo vamos a restringir a la administración de la sociedad anónima, precisando que el Derecho penal nacional no considera a este delito estrictamente societario, ya que como puede leerse textualmente, se sancionan las conductas típicas contra la persona jurídica en general y no sólo de las sociedades mercantiles, caso contrario ocurre, por ejemplo, en la legislación española<sup>309</sup> en la que se ha

---

<sup>308</sup> Así por ejemplo, si bien los socios de una sociedad anónima tienen la facultad de impugnar acuerdos que consideren lesivos, cierto es que algunos, debido al mínimo porcentaje de acciones que poseen en la empresa (accionistas minoritarios), no ejercitan este derecho, pero no por ello pueden quedar desamparados ante actos desleales por parte de quienes tienen el deber de proteger su patrimonio (PÉREZ CÉPEDA, Ana Isabel, *Los delitos de administración desleal*, [texto inédito], Conferencia pronunciada en la Universidad de Lima, agosto, Lima, 2000, p. 3).

<sup>309</sup> **Código Penal español, Capítulo XIII, De los Delitos Societarios, Artículo 295.-** Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en

calificado como delitos societarios” y específicamente como “administración desleal” los ilícitos cometidos por sus administradores.

Este delito en nuestra legislación presenta dos modalidades: administración fraudulenta y contabilidad paralela, las cuales se hallan descritas y sancionadas en los artículos 198º y 199º del Código Penal.

## **1. ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA**

El precepto general, con nueve supuestos, está previsto en el artículo 198º del Código Penal, precisándose que los sujetos que incurren en este delito son los fundadores, miembros, gerentes, administradores o liquidadores, entre otros. De acuerdo al rango de la pena, que oscila entre no menor de un año ni menor de cuatro años, la pena privativa de libertad que se enuncia no es efectiva.

### **1.1. Bien jurídico**

El bien jurídico protegido es la integridad del patrimonio de la persona jurídica, frente a los actos de deslealtad, abuso o incumpliendo de los deberes de gestión y administración, en los que incurren los administradores, gerentes o representantes del ente social. A través de este bien jurídico se salvaguardan indirectamente los intereses patrimoniales de terceros relacionados con la sociedad anónima<sup>310</sup>.

### **1.2. El principio de lesividad**

Es un principio general del Derecho penal que la “pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”, esto no es otra cosa que la necesidad de un perjuicio o la posibilidad de que

---

formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

<sup>310</sup> CASTRO MORENO, Abraham, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 187.

éste se produzca. De ahí que, para la consumación de este ilícito no basta que el fundador, liquidador, administrador o miembro del Directorio ejecute alguna de las conductas descritas anteriormente sino que, además, las mismas deben causar un perjuicio a la sociedad o a terceros o, al menos, ser idóneas para poder causar ese perjuicio.

De manera que, como señala García Caveró<sup>311</sup>, éste sería un delito de peligro concreto<sup>312</sup>, puesto que no precisa, necesariamente, de la lesión al bien jurídico patrimonio, basta con el peligro serio, real y efectivo de lesión a este bien jurídico. Es decir, sólo se exige que la conducta del sujeto activo, en el análisis del caso concreto, resulte ser idónea para lesionar el bien jurídico patrimonio, no importa si, finalmente, se produjo o no el resultado perjuicio patrimonial.

En lo que respecta al tipo de perjuicio, cabe precisar que, este perjuicio ha de ser de naturaleza económica o patrimonial. De manera que, éste se puede producir en todos aquellos casos en los que la actuación del sujeto activo está dirigida a provocar una disminución en el patrimonio o a impedir u obstaculizar un aumento en el patrimonio.

Por otro lado, si bien la redacción de esta figura no permite distinguir de manera clara un ilícito penal de uno de naturaleza civil y/o societaria, lo que podría llevar a sancionar penalmente meras irregularidades administrativas, vulnerando de esa manera los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, en su aplicación los jueces deben adoptar esta medida, restringiendo su aplicación sólo a los casos más graves de administración fraudulenta de la sociedad o persona jurídica en general.

Así, por ejemplo, bastará promover falsas cotizaciones de acciones por medios fraudulentos (falsificaciones, simulación de contratos, etc.), sabiendo que dichos medios empleados son idóneos para ocasionar un perjuicio patrimonial, para que se consuma el ilícito previsto en el supuesto “promover,

---

<sup>311</sup> GARCÍA CAVERO, *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, cit., pp. 39-40.

<sup>312</sup> El delito de peligro abstracto es aquel que para su consumación no exige en la situación concreta un peligro específico de lesión al bien jurídico: es el caso del delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad. Mientras que el delito de peligro concreto sí exige que la conducta del agente ponga en serio y efectivo riesgo de lesión al bien jurídico: es el caso del delito de comercialización de productos nocivos.

por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones” (artículo 198º, Código Penal).

### 1.3. Tipo objetivo

El tipo objetivo de un delito se refiere al análisis del tenor literal del artículo 198º del Código Penal en su contenido normativo, que es donde se describe la conducta delictiva. De ahí que se precise primero quiénes pueden cometer ese delito (sujeto activo), quién o quiénes pueden ser los agraviados de ese delito (sujeto pasivo), en qué consiste la conducta típica, la determinación del contenido, alcances de los verbos rectores y de los elementos descriptivos<sup>313</sup> y normativos<sup>314</sup> empleados por el legislador.

#### a) Sujeto activo

Es sujeto activo —que puede ser cualquier persona— quien mantenga una contabilidad paralela distinta a la exigida por ley. Sin embargo, en este caso especial, el sujeto activo es la persona jurídica o ente social, por ser el llamado y obligado a llevar la contabilidad (aunque directamente no podrá responder debido al principio *societas delinquere non potest*, correspondiendo asumir la responsabilidad penal a sus representantes o administradores, configurándose así lo previsto en el artículo 27º del Código Penal como “actuar por otro”. A manera de ejemplo tenemos lo previsto en el Decreto Legislativo N° 774, Ley del Impuesto a la Renta, que establece que las personas jurídicas están obligadas a llevar contabilidad completa (Libro Caja y Bancos, Libro de Inventarios y Balances, Libro Diario, Libro Mayor, Registro de Compras y Registro de Ventas e Ingresos, todos legalizados ante notario público).

---

<sup>313</sup> Se refiere a aquellos términos que designan objetos o hechos de la realidad natural, observables, percibibles o fácilmente deducibles del contexto, por ejemplo, las agravantes del delito de robo: “casa habitada”, “en horas de la noche”.

<sup>314</sup> Son aquellos términos empleados por el legislador, que requieren de una valoración jurídica previa, por ejemplo, “matar”, “funcionario público”, “amenidad”.

### **b) Sujeto pasivo**

Atendiendo a la naturaleza de este ilícito penal, el sujeto pasivo será, en general, cualquier persona jurídica, sea o no una sociedad mercantil, como el caso de las asociaciones y fundaciones. Además del ente social, el legislador ha considerado adecuado proteger, de manera especial y directa, a los terceros que tengan interés o se relacionen con la persona jurídica, ya se trate de acreedores, inversionistas, auditores<sup>315</sup>, entre otros, sin interesar si reúnen o no la condición de socios, exigiéndose únicamente que se vinculen patrimonialmente con ella.

### **c) Acción típica: modalidades**

No puede decirse que se trate de una sola acción la contenida en el artículo 198° del Código Penal, en todo caso, si la hay, ésta se presenta en diferentes variantes o supuestos (incisos) como lo veremos a continuación<sup>316</sup>:

*c.1) Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso, o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.*

Para un adecuado análisis, en primer lugar se debe prestar atención al verbo rector<sup>317</sup> que para esta modalidad es “ocultar”, cuyo significado es “evitar” que alguien o algo se vea, se sepa o se note,

---

<sup>315</sup> Cabe señalar que con la modificatoria efectuada por la Ley N° 28755 se incluye en uno de los supuestos como sujeto pasivo al auditor interno y externo, pese a que también figura como sujeto activo: “1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables”.

<sup>316</sup> Antes de la promulgación de la Ley N° 28755 del 06/06/06, solamente existían ocho supuestos.

<sup>317</sup> “Cuando se habla de verbo rector se pretende diferenciarlo de otros verbos o formas verbales que el legislador suele emplear al describir una determinada conducta y cuya función es accesorio, a menos que se trate de tipos compuestos, sólo existe un verbo rector en cada tipo legal...” (REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Temis, Bogotá, 1989, p. 105).

es decir, evitar que los accionistas, socios, asociados, terceros o también auditores internos y externos) se enteren sobre la verdadera situación del ente social, debiendo precisarse que el tipo penal alude a una situación económica financiera y no a otro tipo de situaciones, lo cual se deduce del bien jurídico protegido (patrimonio) y de la actividad propia de una persona jurídica.

Por otro lado, no cualquier tipo de ocultamiento será calificado como delito, sino únicamente aquel realizado a través del falseamiento de los balances<sup>318</sup> o de artificios empleados para aumentar o disminuir las partidas contables. Si bien el registro de balances constituye un elemento fundamental para probar la comisión del delito, cierto es que no es el único documento que puede ser utilizado para reflejar u omitir beneficios o pérdidas, ya que existen otros documentos como la cuenta de ganancias y pérdidas, entre otros, en los cuales se puede comprobar este tipo de irregularidades.

A su vez, se observa que el tipo penal alude a “cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables”, por lo que no sólo será sancionable la adulteración de los estados financieros sino también la de las partidas contables como el libro de compras, el inventario, etc., datos que ya adulterados constarán posteriormente en el balance.

Esta modalidad se consuma con la sola presentación del balance falso o adulterado, independientemente de que se produzca o no el perjuicio patrimonial.

*c.2) Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.*

Se alude a lo que en doctrina societaria se conoce como “comunicaciones sociales”. En efecto, se tiene la expectativa, por la confianza, que la información, que otorguen los gerentes,

---

<sup>318</sup> Ya sea elaborando un balance totalmente falso o adulterando uno verdadero (adulterar implicaría una añadidura o un borroneo y posterior adición de ciertos datos no concordantes a la realidad a un balance ya elaborado con anterioridad y que sí se ajustaba a la verdad).

administradores, fundadores, liquidadores o miembros del Directorio sea veraz en atención a que se espera de ellos por el deber de lealtad que deben mantener con la empresa, proporcionen datos reales sobre la situación económico-financiera de la entidad, lo cual ha de reflejarse en “un inventario, informe o memorias. Asimismo (...) aquellos informes por los cuales se da cuenta de lo que se decidió en asambleas o juntas generales pasadas para apreciar la verdadera situación actual de la persona jurídica (...)”<sup>319</sup>.

Así se incurrirá en el delito de administración fraudulenta cuando, por ejemplo, el gerente informe que la situación económica-financiera es exitosa, argumentando que existen ganancias o que las acciones de los socios tienen una mayor cotización, cuando la realidad demuestra todo lo contrario (hay mayor pasivo que activo). También puede darse el caso que los miembros del directorio sustenten esta falsa información con documentación fraguada<sup>320</sup>, lo que evidenciará un aparente concurso con la conducta descrita en otros incisos, situación que deberá ser resuelta aplicando el principio de especialidad, es decir, acudiendo al supuesto más específico, previsto en los diversos incisos de este delito.

Para que se consume el supuesto bajo comentario, deberá proporcionarse la falsa información a los miembros de la persona jurídica o terceros interesados. Resulta interesante resaltar que si se remite información falsa a las autoridades de control, este hecho no constituirá delito de administración fraudulenta, sino otro tipo penal: ocultamiento, omisión o falsedad de información, el cual es un delito financiero previsto en el artículo 245º del Código Penal.

Esta modalidad se consume en el momento que el dato falso llega a conocimiento de su destinatario, no siendo preciso tampoco que se haya producido un perjuicio efectivo.

---

<sup>319</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, *Curso de Derecho Penal Peruano. Parte Especial*, Idemsa, Lima, 2002, T. III (*Delitos contra el Patrimonio*), p. 307.

<sup>320</sup> Aunque también pueda ocurrir que esos falsos datos figuren en las actas de la persona jurídica.

*c.3) Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.*

Este supuesto se refiere a valorar las acciones, títulos o participaciones a un monto que no concuerde con la realidad. Por ejemplo, si el director, fundador o administrador de una sociedad anónima sobrevalúa acciones cuyo valor real es de \$500 cotizándolas a \$1000. No es suficiente comunicar a la Junta General, socios o terceros interesados este valor, sino que para realizar estas falsas cotizaciones se requerirá de un medio fraudulento, el cual comúnmente será la adulteración del balance general.

Otros supuestos que también pueden calificar en esta modalidad delictiva serían la emisión de acciones con valor inferior al nominal o cuando se lancen al mercado sin que las emisiones anteriores hayan sido totalmente pagadas.

En este supuesto, el delito se consuma en el momento que el sujeto activo emite las acciones, títulos o participación con cotizaciones falsas, no se precisa tampoco en este caso de un perjuicio concreto.

*c.4) Aceptar, estando prohibido de hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.*

Ya ha sido señalado que la Ley General de Sociedades no es una norma sancionadora, aun cuando prohíbe expresamente en el artículo 106° que la sociedad (a través de sus representantes) otorgue préstamos con la garantía de sus propias acciones. El propósito del glosado artículo 106° es “evitar que en un eventual procedimiento de ejecución por no pago, la sociedad se adjudique las acciones y se convierta en accionista de sí misma, configurándose para el accionista deudor una situación beneficiosa, e irregular para la sociedad, porque en la práctica lo que se habría hecho con el préstamo es devolverle sus aportes”<sup>321</sup>. Si bien es una restricción societaria, sin embargo, el legislador ha considerado necesario punir la trasgresión de este precepto, con la finalidad de

---

<sup>321</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial. Temas societarios*, Universidad de Lima, Lima, 2007, T. VII, p. 36.

evitar que en caso de incumplimiento, la entidad se vea obligada a convertirse en propietaria de sus acciones, como resultado del proceso de ejecución.

Este supuesto se consuma en el momento que el sujeto activo recibe en garantía del crédito un título de la propia entidad representada y el beneficiario recibe el crédito. No se precisa esperar que el beneficiario incumpla con pagar el crédito y que al momento de la ejecución sólo se tengan las acciones de la propia empresa, ocasionándole un desmedro en el activo.

*c.5) Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes*

El patrimonio de una sociedad no está constituido sólo por activos sino principalmente por pasivos, ya que para desarrollar sus operaciones efectuará préstamos o tendrá que pagar obligaciones en general. La diferencia entre el activo y el pasivo constituyen las utilidades, es decir, las ganancias que se obtengan durante el desarrollo de la actividad empresarial, las mismas que pueden ser distribuidas entre los socios. Sin embargo, hay ocasiones en las que por diversas razones, la empresa cuenta con mayor pasivo que activo, arrojando pérdidas, y por lo tanto no contará con utilidades a ser distribuidas, pero puede darse el caso que el Director o administrador inescrupuloso desea aparentar no tener utilidades, para no pagar los impuestos que por ley corresponde, o también puede fraguar el balance y hace constar que existen utilidades cuando en realidad no las hay, llevando a que los terceros, creyendo que esa empresa es exitosa, inviertan en la misma hasta cuando descubren la verdad y resultan perjudicados.

*c.6) Omitir comunicar al Directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.*

Para graficar la comisión de este ilícito, puede citarse el caso de aquel director de un supermercado X, que sea a su vez

administrador de una pequeña empresa Y que se dedica a vender verduras al por mayor; pese a ello X celebra un contrato de concesión con Y, sin haber comunicado al resto de miembros del Directorio u otro órgano social sobre dicha situación. Otro caso sería el de los administradores de una empresa, quienes durante el ejercicio de su cargo en dicha entidad, crearon otra empresa dedicada a las mismas actividades que la entidad agraviada, situación que no pusieron en conocimiento del Directorio, de los auditores internos o externos o de la Junta General de Accionistas. Aquí hay una violación al principio de lealtad, que es uno de los principios que es de importancia en el ámbito societario y que por tanto el ordenamiento penal ha considerado necesario proteger. Sin embargo, el supuesto, para que se configure el delito, no es tan simple, sino que se requiere que se trate de intereses efectivamente incompatibles, de tal forma que se impida el desarrollo de los intereses propios de la sociedad y que, aun siendo intereses contrarios, la sociedad no lo acepte, caso contrario, la sanción estará en el contexto de la Ley General de Sociedades, a tenor de lo previsto en el artículo 161° inciso sexto, donde está prevista la prohibición de admitir un director que ocupe el cargo directivo en otro ente social, el cual tenga intereses contrapuestos, siendo que si se verifica este supuesto la sanción será la remoción.

Esta modalidad se consuma cuando se perjudique al ente social, ya sea porque se adquirió la mercadería a un precio superior al real o porque se dejó de lado a otra pequeña empresa que ofrecía sus productos a un mejor precio y/o la negociación vislumbraba mejores servicios y oportunidades, todo por un interés personal<sup>322</sup>, lo cual naturalmente no desvirtúa las sanciones de carácter societario con la expulsión de dicho funcionario.

---

<sup>322</sup> “El director no puede beneficiarse a expensas de la compañía y en pugna con los derechos de ésta; y para beneficiarse no debe desviar hacia sí mismo las oportunidades que equitativamente y en justicia pertenecen a la empresa” (CAREY B., Guillermo, *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores*, 2ª ed., Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1992, p. 145).

*c.7) Asumir préstamos para la persona jurídica*

Igual que en todo supuesto, los hechos simples no son calificados de delitos, siendo que en este caso solamente asumir préstamos para la sociedad anónima no es penalmente relevante, ya que únicamente lo será cuando para obtener el mismo, se haga de manera indebida, esto es, que no se siga el procedimiento normal que la ley y/o Estatuto establecen y que además la obtención del mismo resulte perjudicial para la empresa.

*c.8) Usar en provecho propio o de otro el patrimonio de la persona jurídica*

Tanto el miembro del Directorio, de la administración, el gerente, el fundador o el liquidador tienen un deber de garante frente al patrimonio social y si bien pueden disponer de éste en atención a las facultades que tienen, es importante destacar que exclusivamente deben hacerlo en interés y a favor de la empresa a la cual deben lealtad y no a sus intereses personales o de un tercero. En tal sentido, incurrirá en este delito, por ejemplo, el liquidador de una empresa de plásticos que durante su gestión reportó un ingreso de S/. 1900.00 cuando según los estados financieros y declaraciones juradas de impuesto a la renta (evidenciado mediante auditoría) éste ascendía a S/. 1950.00, existiendo por tanto una diferencia de S/.50.00, que el liquidador no ha explicado ni se encuentra sustentado por documentación alguna.

Se consuma en el momento que se usa en beneficio propio o de un tercero algún bien de la persona jurídica, sin contar con autorización para hacer uso de dicho bien, siempre que exista al menos el peligro serio y real de que se pueda producir la lesión o puesta en peligro del patrimonio del agraviado.

*c.9) Emisión de informes o dictámenes que omitan revelar o revelen en forma distorsionada, situaciones de falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la persona jurídica, o que no revelen actos u omisiones que violen alguna disposición que la persona jurídica está*

*obligada a cumplir y que esté relacionada con alguna de las conductas tipificadas en los nueve supuestos descritos.*

Este supuesto contenido en el noveno y último supuesto comprende, a su vez, dos supuestos:

1. Se trata de la emisión de informes o dictámenes ya sea omitiendo revelar o revelando en forma distorsionada en situaciones de falta de solvencia o insuficiencia patrimonial del ente colectivo. En este caso, se penaliza la emisión de informes o dictámenes en los que se omita o se distorsione datos relativos a la falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la sociedad anónima. Es decir, que la acción típica (omitir o revelar de manera distorsionada) recae en dos situaciones económico-financieras del ente social: su falta de solvencia o la insuficiencia patrimonial, lo que ocurrirá cuando la sociedad anónima ya no está en condiciones de responder ante sus acreedores, pero los directores no lo informan a los demás, o cuando, por ejemplo, existan pérdidas que superen al capital social.
2. La sanción será cuando no se revelen actos u omisiones que trasgredan las normas a las cuales el ente social se encuentra obligado a cumplir. La sanción se sustenta en el “deber de información” y, principalmente, en el deber de lealtad que deben tener quienes tienen la representatividad o pertenecen a los órganos principales de la persona jurídica para con ella y con los terceros con quienes se vincula.

La conducta sancionada es la que vulnera el deber de lealtad a título de omisión, es decir, no solamente será penado quien actué positivamente emitiendo informes o dictámenes falsos (sea porque omita o altera datos), sino también quien a pesar de tener conocimiento que otros estén atentando, sea por comisión u omisión, contra deberes del ente social, que se vinculen con las conductas descritas en los demás incisos del artículo 198º del Código Penal, no

los pongan en conocimiento de los socios, accionistas y terceros interesados.

Al parecer, el legislador ha considerado pertinente sancionar tanto actos comisivos como omisivos, basándose en el deber de garante que tienen los fundadores, administradores, etc., para con los intereses societarios.

Como conclusión señalamos que si bien los <directores tienen un deber de información según el artículo 173<sup>o</sup> de la Ley General de Sociedades, cierto es que ello no significa que siempre que vulneren este deber han de responder penalmente<sup>323</sup>, sino únicamente cuando las consecuencias sean graves, es decir, cuando exista perjuicio o un peligro concreto de que éste se pueda producir. Por tanto, lo señalado resulta aplicable a todos los supuestos y especialmente al incorporado como noveno, que exige la omisión o distorsión de información relativa a la insolvencia o insuficiencia patrimonial para incurrir en el delito, siempre que de este acto resulte o pueda resultar efectivamente perjudicada la sociedad o cualquier otra persona jurídica.

#### **1.4. Tipo subjetivo**

El tipo subjetivo del delito está relacionado con la esfera interna del sujeto activo, con la forma como ha realizado la conducta, de manera dolosa o culposa. En este caso, el delito de administración fraudulenta es un tipo doloso, por ello no se sancionan las conductas culposas. Esta circunstancia que resulta comprensible en la teoría, hay que considerarla con cautela en la práctica, ya que muchas veces los Directores o quienes ejercen cargos importantes en la empresa firman los documentos sin revisarlos de manera exhaustiva, pudiendo darse el caso que desconozcan las irregularidades contenidas en los mismos, por lo que a la luz del proceso investigatorio ha de analizarse en el caso concreto si existió un acto negligente, aceptación, connivencia con el ejecutor o una orden expresa por parte del administrador, fundador, etc.

---

<sup>323</sup> Podrá existir responsabilidad societaria y, en algunos casos, civil, pero no necesariamente penal.

En ese sentido, resulta necesario determinar si el sujeto activo conocía que estaba realizando alguna de las conductas previstas en esta figura delictiva, o si, por sus conocimientos previos como director, gerente, administrador, fundador o representante de la persona jurídica, es posible imputarle tales conocimientos. Además, el sujeto debe saber que su conducta es idónea para ocasionar un perjuicio a la entidad, y no obstante tener tales conocimientos, decidirse a actuar contraviniendo el mandato normativo.

### **1.5. Grados de desarrollo del delito**

El delito de administración fraudulenta es un delito de mera actividad, lo que quiere decir que no exige un resultado efectivo, esto es, que no se requiere el perjuicio del agraviado, siendo suficiente el peligro concreto de lesión al bien jurídico. Si bien se podría admitir en algunos supuestos la tentativa, sin embargo, en la medida que pueda recurrirse para sancionar a la misma por una vía extrapenal, es mejor hacerlo.

### **1.6. Autoría y participación**

Atendiendo a que la administración fraudulenta exige un sujeto cualificado<sup>324</sup>, debemos entender que se trata de un delito especial propio. Asimismo, se advierte que se sanciona básicamente al fundador, administrador, etc., por haber utilizado indebidamente el patrimonio social, por falsear balances o asumido préstamos perjudiciales, entre otras conductas, vulnerando el deber de lealtad hacia la persona jurídica<sup>325</sup>, de lo que se colige que existe un deber de garante por parte del liquidador, administrador, director, fundador, etc., por lo que ha de entenderse a este ilícito como un delito de infracción de deber. Es de reiterar que no se trata de sancionar hechos que perjudiquen a la sociedad, sino solamente cuando éstos se deban a la infracción dolosa de deberes por parte de los directores, fundadores, etc., ya

---

<sup>324</sup> Es decir, aquel agente que requiere una cualidad o categoría especial (natural, jurídica o profesional), sin la cual la conducta no es típica o se adecua a otro tipo penal de ser el caso (REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 114).

<sup>325</sup> “El deber de lealtad en general se traduce en una escrupulosa observación de la norma de proteger los intereses de la sociedad y de abstenerse de toda acción que pueda perjudicarla” (CAREY B., *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores*, cit., p. 145).

que, por ejemplo, el artículo 177° de la Ley General de Sociedades, regula lo concerniente a la responsabilidad que corresponde a los directores en los casos en los que su conducta, realizada con dolo, abuso de facultades o negligencia grave, origine daños y perjuicio para la sociedad. No por el hecho que una sociedad tenga pérdidas existirá responsabilidad, ya que podría haberse administrado de la mejor manera posible y con la máxima diligencia, pero por diferentes razones tienen resultados negativos, sin responsabilidad alguna de los directores<sup>326</sup>

Resulta necesario precisar que sólo será autor aquel que posea las condiciones descritas en el tipo penal de este delito, siendo que aquel que no las posea y no obstante ello interviene en el hecho delictivo, podrá ser comprendido en el caso únicamente a título de partícipe, el mismo que dependiendo del modo y grado de intervención, será cómplice (primario si su colaboración fue fundamental para la realización del hecho delictivo, o secundario si aportó de manera accesorio), inductor o instigador.

## **2. DELITO DE CONTABILIDAD PARALELA**

El contenido normativo del artículo 199° del Código Penal sanciona a quien con la finalidad de obtener una ventaja indebida, mantiene una contabilidad paralela distinta a la exigida por la ley.

### **2.1. Bien jurídico**

Debido a que este ilícito es una modalidad del delito de fraude en la administración de personas jurídicas, ha de entenderse que está dirigido a proteger el patrimonio de las mismas.

### **2.2. Tipo objetivo**

#### ***a) Sujeto activo***

---

<sup>326</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, *Derecho Comercial. Temas societarios*, cit., T. VII, p. 41.

Es sujeto activo aquel que mantenga una contabilidad paralela distinta a la exigida por ley. Si bien aparentemente en este delito, el sujeto activo puede ser cualquier persona, en realidad, mediante un análisis en función a la naturaleza del ilícito, sólo lo será aquel encargado de llevar la contabilidad (que según el artículo 2° de la Resolución CONASEV N° 103-99-EF/94.10 es la persona jurídica) y que además busque obtener una ventaja indebida con dicho acto, restringiéndose por tanto la condición de autor a los administradores y/o quienes detenten la condición de representante legal de la persona jurídica.

***b) Sujeto pasivo***

Es la persona jurídica en general.

***c) Acción típica***

La acción típica consiste en mantener una contabilidad paralela distinta a la exigida por ley. Por tanto, el hecho de que una empresa lleve una contabilidad sin seguir los procedimientos exigidos por ley no constituiría este delito, porque el tipo penal alude a una contabilidad “paralela”, es decir, que el representante de la empresa cumple con llevar una contabilidad arreglada a ley, pero además mantenga otra contabilidad con asientos contables distintos que arrojan resultados diferentes a los reales, como señala Suárez González<sup>327</sup>, siendo esta conducta la que se sanciona mediante el artículo 199° del Código Penal vigente, ya que podría perjudicar al patrimonio de la persona jurídica (por existir un peligro potencial)

***b) Sujeto pasivo***

***c) Acción típica***

**2.3. Tipo subjetivo**

---

<sup>327</sup> Citado por GARCÍA CAVERO, *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, cit., p. 105.

Es un delito eminentemente doloso, en el que dada la naturaleza del ilícito sólo se presenta el dolo directo<sup>328</sup>, existiendo un elemento adicional que es la finalidad o ánimo de obtener una ventaja indebida, es decir, un provecho que no le corresponde. La concurrencia de elemento subjetivo especial es muy importante a la hora de valorar el caso concreto, toda vez que pueden configurarse todos los elementos del tipo objetivo (existencia de una contabilidad diferente a lo prescrito en los dispositivos legales de la materia, la cual se mantiene paralelamente a la contabilidad oficial), pero que se haya efectuado con otros propósitos. Así lo señala García Caveró: “Esta exigencia del tipo subjetivo trae como consecuencia que se excluya del ámbito de lo punible la contabilidad paralela a la oficial que se hace no con el fin de defraudar, sino por razones estrictamente de administración o estadísticas, siempre y cuando se refleje mejor la situación financiera de la persona jurídica y no se altere el contenido real de las partidas contables (...)”<sup>329</sup>. Lo que quiere decir que “para determinar si ha existido un delito de orden penal societario, se deberán analizar previamente los aspectos mercantiles que condujeron a la realización del acto o la conducta o hecho que supuestamente configura un ilícito penal. Para ello será necesario efectuar una revisión de los medios utilizados para su conformación...”<sup>330</sup>. Con lo expuesto se ratifica la necesidad de diferenciar la gestión societaria de aquellas conductas calificadas como ilícitos penales.

## 2.4. Grados de desarrollo del delito

---

<sup>328</sup> Por dolo directo se suele entender la intención y voluntad de alcanzar un determinado y concreto resultado, por ejemplo, en el disparar un arma para que la bala impacte en la cabeza de una determinada persona, se entiende que si el sujeto, pese a conocer la aptitud lesiva del impacto de una bala, dispara el arma contra una persona, es porque desea acabar con su vida, es que conoce y quiere el resultado muerte.

<sup>329</sup> GARCÍA CAVERO, *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, cit., p. 110.

<sup>330</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, *Derecho Comercial. Temas societarios*, cit., T. IV, pp. 170-171.

Dado que en este delito basta mantener la contabilidad paralela distinta a la exigida por ley —con la finalidad de obtener ventaja indebida—, para que se consuma este delito, puede afirmarse que se trata de un delito de mera actividad, tal como lo sostiene la doctrina mayoritaria<sup>331</sup>. Sin embargo, ello puede resultar una apreciación muy genérica, ya que en los delitos de mera actividad también se puede lesionar al bien jurídico tutelado aun sin existir resultado<sup>332</sup>, como en el delito de violación de domicilio que se consuma con el solo ingreso al domicilio sin autorización del titular, pero en el cual se lesiona con dicho ingreso al bien jurídico, que en este caso representa la libertad de domicilio. Por tanto, para ser precisos, nos aunamos a la postura que señala que este delito es básicamente de peligro abstracto<sup>333</sup>, pues no se requiere que el patrimonio de la persona jurídica se lesione ni que se encuentre en peligro cierto, inminente y efectivo, sino simplemente que se produzca la conducta prohibida, cual es mantener contabilidad paralela.

## 2.5. Autoría y participación

Atendiendo a que el autor del delito previsto en el artículo 199° del Código Penal será el encargado de llevar la contabilidad, cargo o calidad, que por lo general sólo tienen las personas jurídicas, hay que recurrir a la figura del “actuar por otro”, prevista en el artículo 27° del código acotado, para imputarle responsabilidad al representante u órgano de representación de la persona jurídica.

---

<sup>331</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 324.

<sup>332</sup> Los delitos de lesión (daño al bien jurídico) pueden ser de resultado o de mera actividad.

<sup>333</sup> GARCÍA CAVERO, *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, cit., p. 106.

## Capítulo Noveno

### ÉTICA, PRÁCTICAS DE BUEN GOBIERNO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL

“Cuando se encontraba en estudio y discusión el proyecto de la nueva Ley General de Sociedades, Europa comenzó a debatir con insistencia la necesidad de introducir normas de conducta para los administradores y socios de las sociedades anónimas que cotizan sus acciones en bolsa, a efecto de propiciar una transparencia en la gestión de dichas sociedades, de forma tal que los resultados que se obtengan como consecuencia de sus actividades se vean alentados por un mayor valor de la empresa a través de la cotización de sus acciones en bolsa, bajo la premisa de que una dirección ordenada y transparente y de mutuo respeto entre los accionistas invita a los inversores a participar en estas sociedades”<sup>334</sup>.

Hernando Montoya Alberti

#### 1. OTRO ENFOQUE DE RESPONSABILIDAD

No podemos hablar con precisión de un origen determinado, pero comprendemos que en el contexto mundial el afianzamiento de la concepción formalista y el “hermetismo” de la persona jurídica han sido el presupuesto fundamental para el surgimiento de una problemática que ha sido denominada como “crisis del concepto de persona jurídica y de los abusos del mismo”, debido al inadecuado aprovechamiento de las ventajas de la limitación de la responsabilidad por parte de sus accionistas y demás órganos de gestión. Esta “crisis” ha llevado a los inversionistas y terceros en general, entre otros, a exigir de las empresas, los códigos de buen gobierno corporativo para garantizar sus inversiones y así contar con mayor seguridad. Esta exigencia, como filosofía corporativa, de contar con principios y normas éticas que se traducen en prácticas de Buen Gobierno Corporativo, ha adquirido mucha importancia en el ámbito empresarial, inicialmente por reconocerse en ellos una forma o medio para alcanzar la confianza, eficiencia y credibilidad en el mercado,

---

<sup>334</sup> MONTOYA ALBERTI, Hernando, “Las prácticas del buen gobierno en las sociedades”, cit., p. 115.

garantizando así la expectativa de utilidad<sup>335</sup>. Las “buenas prácticas” se han convertido en un imperativo moral, llevando a que se conviertan en un compromiso moral para contribuir con el desarrollo no sólo económico, social y bienestar general de la comunidad.

En este capítulo presentamos un enfoque distinto de responsabilidad, aquel que nace, no en el campo jurídico con las consecuencias que implican la inobservancia de reglas de orden público imperativas, sino que se originan al interior del ente social por una iniciativa propia. Nos estamos refiriendo a las Prácticas del Buen Gobierno Corporativo, a la Responsabilidad Social y a la ética que actualmente se promueve agresivamente en el ámbito empresarial. Sin duda, al lector llamará la atención que se introduzca este tema, que al parecer no tiene connotaciones jurídicas, sin embargo, como el Derecho no sólo tiene normas jurídicas sino también valores como la moral, ética y Justicia, se ha considerado importante contrastar este nuevo enfoque de la responsabilidad con la responsabilidad jurídica.

Cuando se habla de responsabilidad empresarial, no nos estamos refiriendo sólo a las sociedades, ya que el concepto empresa abarca mucho más. Lo que sucede es que el “concepto de empresa es la forma (jurídica) típica de la empresa económica. Esto no significa, como generalmente se dice, que todas las sociedades sean empresas colectivas. Jurídicamente, sociedad y empresa son conceptos que se combinan pero que no se confunden (...). El concepto de empresa es, por naturaleza, un concepto económico; adquiere significación jurídica a través de la persona de su titular, esto es, del empresario”<sup>336</sup>.

Desde el *ius mercatorum*<sup>337</sup>, que hemos tratado en el tercer capítulo, hasta el Proyecto de la Ley Marco del Empresariado en el Perú, que pretende fundar las bases del nuevo Derecho empresarial peruano, se han producido una serie de transformaciones en la percepción de las organizaciones sociales que realizan actividades económicas, sus fines y valores. Recordemos que si bien

---

<sup>335</sup> El mismo autor señala que estas prácticas tienen su origen en el escenario de aquellos mercados de capitales donde el accionariado es difundido y las acciones se cotizan en bolsa (MONTROYA ALBERTI, Hernando, “Las prácticas del buen gobierno en las sociedades”, cit., p. 117).

<sup>336</sup> BRUNETTI, *Sociedades Mercantiles*, cit., T. I, p. 23.

<sup>337</sup> Así nace en la Edad Media el Derecho Mercantil, como una creación propia de la clase mercantil.

la sociedad anónima fue concebida como un gran logro de la clase mercantil, inicialmente el anonimato fue calificado como símbolo de una creciente deshumanización de la propiedad con la consecuente pérdida de valores individuales. Sin embargo, a pesar de haberse cuestionado el anonimato, la sociedad anónima, como persona jurídica, es la forma típica de la gran empresa capitalista moderna y el prototipo, por excelencia, de otras formas societarias, por lo que a consecuencia de las exigencias económicas, demandas sociales y valores ético-morales se ha buscado dotar a ésta, al igual que las empresas en general, de algo así que podemos llamar “un rostro” y “sensibilidad humana”. No es nuestra intención presentar un tratado sobre este tipo de responsabilidad empresarial porque no es tema principal del trabajo, pero sí, como ya ha sido señalado, hacer un contraste de las responsabilidades jurídica y extrajurídica.

## **2. PRÁCTICAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO**

La ética no es un componente que sea ajeno a la sociedad y a sus órganos de gestión y administración, llegándose a decir que con ética se es también rentable y se alcanza el bien común social y que la falta de ética empresarial es “pan para hoy y hambre mañana”. La cultura ética que es introducida en el ámbito empresarial, con sus componentes de gobernabilidad, lealtad, buenas costumbres, confianza y buen gobierno cobra cada vez más auge. El hecho que en el Buen Gobierno Corporativo, como Código de Buen Gobierno, no se haya denominado Código de Ética, no quiere decir que no lo sea. Su introducción en 1992 se atribuye al inglés Sir Adrian Cadbury, autor del Informe Cadbury y precursor de los Códigos éticos.

Como Buen Gobierno Corporativo o Practicas de Buen Gobierno Corporativo se conoce a “aquellas normas destinadas a regular la adecuada conducción y administración de las sociedades. Sin embargo, conviene precisar qué reglas sobre el gobierno corporativo se han dado desde que existen las sociedades, y como muestra de ello se encuentran las diferentes legislaciones societarias; lo que ha ocurrido en los últimos tiempos, en cambio, responde directamente a la percepción de que las prácticas de buen gobierno

tienen un impacto directo y significativo en el valor de las sociedades, impulsando su solidez y eficacia”<sup>338</sup>.

Para Hundskopf Exebio, las prácticas de buen gobierno corporativo son “políticas generales que adoptan los entes societarios a fin de obtener mayor transparencia, credibilidad y valor ante posibles inversionistas. Estas políticas nacieron como una solución eficaz frente a los defectos que encontramos en las empresas de accionariado difundido, como consecuencia de la separación de intereses entre los grupos de gestión y de propiedad”<sup>339</sup>.

Por otro lado, para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico<sup>340</sup>: “El Gobierno Corporativo es el sistema por el cual las sociedades son dirigidas y controladas. La estructura del gobierno corporativo especifica la distribución de los derechos y responsabilidades entre los diferentes participantes de la sociedad, tales como el Directorio, los gerentes, los accionistas y otros agentes económicos que mantengan algún interés en la empresa. El gobierno corporativo también provee la estructura a través de la cual se establecen los objetivos de la empresa, los medios para alcanzar estos objetivos, así como la forma de hacer un seguimiento a su desempeño”.

A partir de esta definición queremos resaltar y desarrollar las siguientes características del Buen Gobierno Corporativo:

*a) Conjunto de normas y procedimientos para toma de decisiones*

Estas normas que, son de adhesión voluntaria ya que se puede optar por contar con ellas como no, tienen por objeto fijar medidas que busquen y mantengan el equilibrio, transparencia y la debida representación de todos los grupos de accionistas en el poder de dirección, control y gestión de las sociedades, así como de la pronta y completa divulgación de información de

<sup>338</sup> REY BUSTAMANTE/ TRELLES CASTRO-MENDIVIL, “El gerente general”, cit., p. 640.

<sup>339</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Compatibilización entre prácticas de buen corporativo y la Ley General de Sociedades”, en su *Derecho Comercial. Temas societarios*, Universidad de Lima, Lima, 2004, T. V, p. 55.

<sup>340</sup> La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es una organización de cooperación internacional, compuesta por 30 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Fue fundada en 1961 y su sede central se encuentra en la ciudad de París, Francia. Se ha constituido como uno de los foros mundiales más influyentes, en el que se analizan y se establecen orientaciones sobre temas de relevancia internacional como economía, educación y medioambiente.

importancia para todos los grupos de accionistas. Estas normas son a su vez principios rectores y orientadores que sustentan una responsabilidad social procurando mejorar las relaciones entre la empresa y sus distintos grupos.

*b) Delimita acciones empresariales*

Fundados en un principio de autonomía societaria, promueven eficacia, agilidad, responsabilidad, credibilidad y transparencia en el gobierno, con el consiguiente cumplimiento de los objetivos.

*c) Conducción, administración y control*

Se relacionan con los medios internos por los cuales son operadas y controladas las corporaciones. De igual manera, se busca el establecimiento de sistemas de control interno que permitan la ejecución de medidas de desempeño de las políticas y objetivos empresariales, sistemas contables y manejo confiable de los informes emitidos por la sociedad, así como la determinación de las medidas correctivas aplicables en caso de producirse desviaciones en su cumplimiento, entre otras medidas.

*d) Valor real de la sociedad*

Un buen régimen de gobierno corporativo contribuye a afirmar que las corporaciones utilicen su capital de manera eficaz y ayudan de este modo a mantener la confianza de los inversionistas, como también atraer capitales estables y de largo plazo.

*e) Uniformidad en la información y veracidad*

Representan un sólido balance entre la transparencia, la equidad corporativa y el cumplimiento de responsabilidades al interior de una empresa, lo que se traducirá en la información que se difunda oportunamente. Frente a la coexistencia de los intereses de los grupos de gestión (*insiders*) y los de inversión o propiedad (*outsiders*), pueden surgir divergencias, y son éstas las

que deben evitarse. Así se trata de tener un equilibrio frente a la información asimétrica que se pueda generar y que cada grupo pueda manejar la misma información.

*f) Solidez y eficacia*

La principal consecuencia inmediata de poner en práctica los principios de gobierno corporativo es que, además de dar seguridad a los inversionistas transmitiendo confianza en el mercado, se lograrán mejores resultados a niveles financieros teniendo así un mejor acceso al mercado. Por ejemplo, cuando se trate de hacer una colocación de acciones.

*g) Búsqueda de estándares internacionales*

No existe un modelo único para un Buen Gobierno Corporativo, pero en sus variantes, todos los modelos representan el alto grado de prioridad de los intereses de los accionistas que confían sus depósitos en corporaciones para que sus fondos de inversión se usen de manera más eficaz y efectiva.

En un mundo cada vez más globalizado, caracterizado por una alta movilización de capitales, la búsqueda de los inversionistas de buenas prácticas de gobierno corporativo resultan ser algo que los gobiernos y compañías no pueden ignorar.

*h) Distribución de derechos y responsabilidades de órganos de gestión*

La delimitación clara de responsabilidades tanto de la Junta General como del Directorio es necesaria y muy importante, ya que en muchos casos se ha hecho costumbre la intromisión de la Junta en materias que son de competencia exclusiva del Directorio.

Se plantean las responsabilidades y procedimientos que deben cumplir los distintos órganos de gobierno de la sociedad buscando garantizar las instancias transparentes y públicas de toma de decisiones, estrategias empresariales y suministro de información bajo el conocimiento de todos los interesados en los asuntos societarios.

*i) Provee estructura para objetivos empresariales*

Se trata de la estructura a través de la cual se establecen los objetivos de la empresa, los medios para alcanzar estos objetivos, así como la forma de hacer un seguimiento a su desempeño.

### **3. FORMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO**

Los principios de Gobierno Corporativo tienen una naturaleza evolutiva y variarán dependiendo del país, circunstancia y sociedad a la que se apliquen. No existe un modelo único. Los principios no son vinculantes, en ciertos casos, y no pretenden planear fórmulas detalladas a las legislaciones nacionales sino que su finalidad es actuar como punto de referencia para que cada país y cada sociedad apliquen esas políticas de acuerdo a su coyuntura económica, social, legal y cultural.

Conforme a la doctrina, pueden existir tres tipos de formas como se presenta o adopta el Gobierno Corporativo:

*a) Autorregulación*

Es una forma por la cual son las propias sociedades las que crean sus acciones y políticas. La mayoría de sociedades opta por esta forma.

*b) Regulación Impuesta*

Es aquella que deviene de mandato legal.

*c) Mixta*

Como su nombre lo señala, hay una combinación. Por un lado, algunas normas se aplican de manera voluntaria y otras que por voluntad de la ley deben cumplirse.

#### **4. ELEMENTOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO**

El Gobierno Corporativo involucra a diferentes sujetos de las relaciones en la administración de la empresa, su Directorio, sus accionistas y demás agentes económicos que mantienen algún interés con el ente social.

##### *a) Accionistas*

Se puede decir que es el primer sujeto de interés porque las normas promueven el mejor trato posible a él, en su relación societaria. En un ámbito de equidad, no es que las normas sólo se ocupen de los accionistas minoritarios, como se suele confundir, sino que comprende a cualquiera que sea accionista con los derechos esenciales que se le conceden por tal calidad.

##### *b) Directorio*

El Directorio, como órgano de gestión, está a cargo de la administración de la sociedad. Sus atribuciones no son las mismas que la Gerencia General, por lo tanto es importante una adecuada delimitación de funciones y responsabilidades. Por ello, respecto al Directorio, los principios y deberes generales son la responsabilidad de desempeñar una función diligente y con lealtad. En doctrina se habla de la figura del Director “independiente”, aquél que es designado por sus atributos, méritos y experiencia, y que puede incluso oponerse a las decisiones de los accionistas cuando considere que ello es necesario para los intereses societarios.

##### *c) Gerencia*

Al igual que el Director independiente se espera que se trate de una persona idónea y que responda a los intereses del buen administrador. Se prefiere que no sea miembro del Directorio en salvaguarda de la necesaria imparcialidad y transparencia.

#### d) Grupos de interés

Son los llamados “*stakeholders*”, que vienen a ser una parte que afecta o puede ser afectada con las acciones de la sociedad. Es un concepto cuya introducción en el campo empresarial data del año 1984. En primer lugar se identifica a los accionistas, ya sea el accionista gestor directo o el accionista inversionista, porque de común la finalidad de una empresa es la de obtener beneficios económicos para los accionistas, pero también coexisten otros grupos como los acreedores a largo plazo, los trabajadores de la empresa, proveedores, clientes, comunidades afectadas por el desarrollo de la empresa, medios de comunicación, universidades, ONG's, el propio Estado a través de sus distintos poderes, los gobiernos locales, analistas financieros y de riesgo, organizaciones reguladoras, etc.

### 5. BUEN GOBIERNO CORPORATIVO EN EL PERÚ – BGC.

Las prácticas del Buen Gobierno Corporativo no le son ajenas a las sociedades peruanas, muy por el contrario durante los últimos años hay un marco regulador al interior de las sociedades y también uno externo que han venido adoptando los entes sociales. Antes que nada lo que se ha buscado es que las empresas alcancen un estándar internacional ofreciendo confianza a los inversionistas tanto nacionales como extranjeros y brindarles seguridad.

Un primer movimiento fue la conformación, con el sector público y privado<sup>341</sup>, de un comité especial, presidido por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, CONASEV, para establecer los principios de Buen Gobierno Corporativo, tomando como referencia los Principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), aprobados en abril de 1999. Se trata de un conjunto de principios formulados y aprobados en julio del año 2002 y difundidos públicamente en setiembre del mismo año, momento a partir del cual oficialmente se introduce el BGC en el

---

<sup>341</sup> Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), Superintendencia de Bancas y Seguros, Bolsa de Valores de Lima (BVL), Asociación de Bancos (ASBANC), Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales (PROCAPITALES) y Centro de Estudios de Mercados de Capitales y Financiero (MC&F).

Perú. Lo que se resalta es que estos principios son consecuencia de un consenso entre el sector público y privado, en un contexto en el cual las sociedades no se encuentran reguladas ni obligadas a aplicar un determinado Código de Prácticas de Buen Gobierno Corporativo, sin embargo, en el campo financiero, las sociedades que cotizan en bolsa, deben presentar información financiera a CONASEV así como informar sobre hechos de importancia tal como se establece en los artículos 28º y 29º del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Supremo N° 093-2002-EF<sup>342</sup>. A partir de lo señalado, entre las tres formas de BGC (autorregulación, regulación impuesta por la ley y mixta) nos encontramos ante la forma mixta.

Basta leer la Ley General de Sociedades para verificar que casi todos los principios del Buen Gobierno Corporativo están implícitos en ella, entre otros: el respeto y protección a los derechos esenciales de los accionistas y el pleno ejercicio de los mismos; el derecho a la información por parte de los accionistas, derecho de los accionistas a votar en las juntas generales personalmente o mediante delegación, responsabilidad por la existencia de conflicto de intereses entre el Directorio y cualquiera de sus miembros frente a la sociedad, el establecimiento de un marco regulatorio o un ente regulador que fije mecanismos transparentes para la adquisición del control de una sociedad (mecanismos de Oferta Pública de Adquisición - OPA y de venta de acciones) y la solución de conflictos, preferentemente por vías alternativas al Poder Judicial.

---

<sup>342</sup> **Ley del Mercado de Valores (Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002- EF).- “Artículo 28º.- Hechos de Importancia.-** El registro de un determinado valor o programa de emisión acarrea para su emisor la obligación de informar a CONASEV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de los hechos de importancia sobre sí mismo, el valor y la oferta que de éste se haga, así como la de divulgar tales hechos en forma veraz, suficiente y oportuna. La información debe ser proporcionada a dichas instituciones y divulgada tan pronto como el hecho ocurra o el emisor tome conocimiento del mismo, según sea el caso.

La importancia de un hecho se mide por el grado de influencia que pueda ejercer sobre un inversionista sensato para modificar su decisión de invertir o no en el valor.

**Artículo 29º.- Información Financiera.-** Lo dispuesto en el artículo anterior no releva al emisor de la entrega oportuna a CONASEV y, en su caso, a la bolsa respectiva o entidad responsable de la conducción del mecanismo centralizado, de la información que una u otra le requieran y, necesariamente, la que se indica seguidamente:

Sus estados e indicadores financieros, con la información mínima que de modo general señale CONASEV, con una periodicidad no mayor al trimestre; y,

Su memoria anual, con la información mínima que de modo general establezca CONASEV.

Estos documentos deberán estar a disposición de los tenedores de los valores en la sede social del emisor”.

No vaya a pensarse que la aplicación de los Principios de Buen Gobierno Corporativo es sólo para las sociedades inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores, sin duda algunos principios sólo pueden ser desarrollados por ellas, pero nada excluye que puedan ser acogidas por cualquier sociedad, de tal forma que la información y su manejo es transparente y cobra gran relevancia.

Al revisar los “Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades peruanas”<sup>343</sup>, verificamos que para las sociedades no inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores hay muchos principios que son compatibles. Por ejemplo, y en términos generales, los principios extensivos son los relativos a la función del Directorio, la estructura organizacional lógica con sus objetivos, la Gerencia General debe ser profesional y remunerada y las políticas de contratación deben ser claras y adecuadamente comunicadas.

Además de todo lo señalado, consideramos que los componentes ético y moral en estas prácticas trata de prevenir la criminalidad empresarial que afecta gravemente el interés social y finalmente prevenir que se den supuestos que motiven el levantamiento del velo societario

## **6. LOS PRINCIPIOS EN LAS SOCIEDADES PERUANAS**

La Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV supervisa el grado de cumplimiento de los Principios de Buen Gobierno Corporativo y en el resumen ejecutivo que hace describe la situación de las empresas con valores inscritos respecto de las prácticas de BGC. Por ejemplo, en el resumen ejecutivo del 2005 señala: “En conclusión, se puede apreciar que las empresas paulatinamente vienen aplicando prácticas de buen gobierno, sin embargo, todavía existe un largo camino por recorrer para lograr estándares ya alcanzados en grandes mercados internacionales. Asimismo, es fundamental que en los próximos años cada vez más empresas tomen conciencia de la importancia que tiene la información que revelan (...) como imagen del grado de aplicación de las prácticas de buen gobierno, así como de

---

<sup>343</sup> Ver Anexo N° 4

su compromiso por brindar a los inversionistas información completa, confiable, clara y transparente”.

Sin perjuicio que en el Anexo N° 4 se lea en detalle cuáles son los principios, queremos señalar de manera general aquellos recogidos en los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Así tenemos:

*a) Protección a los derechos básicos de los accionistas*

Relativo, entre otros, al correcto registro de titularidad de derechos en la matrícula de acciones, difundir información relevante oportunamente, amplio ejercicio de derechos en Juntas Generales y en distribución de utilidades, designación de miembros del Directorio.

*b) Tratamiento Equitativo de los Accionistas*

El trato a todos los accionistas, mayoritarios o minoritarios, nacionales o extranjeros, debe ser equitativo. Se debe propiciar la existencia de una sola clase de acción para evitar las diferencias por categorías.

*c) Función de los Grupos de Interés en el Gobierno de las Sociedades*

La orientación y gobierno societario debe reconocer los derechos de los grupos de interés (accionistas/inversionistas, trabajadores, proveedores, acreedores, etc.) y promover una relación activa entre ellos y el ente social. Ante una vulneración de derechos debe ser viable la reparación del perjuicio.

*d) Comunicación y Transparencia Informativa*

La información debe ser oportuna, veraz, precisa, equitativa e integral en lo que respecta a la situación financiera empresarial.

### *e) Responsabilidades del Directorio*

Es importante delimitar las funciones y responsabilidades de los órganos de gestión para un control eficaz del ente social. Se espera de los integrantes del Directorio una labor diligente y justa, buena fe, cuidado y reserva por los intereses societarios, dedicándole el tiempo suficiente a sus deberes.

### *f) Deberes y responsabilidades del Gerente General*

La Gerencia debe actuar bajo los mismos principios de diligencia, lealtad y reserva, que tiene el Directorio, contando con autonomía necesaria para desarrollar sus funciones adecuadamente.

Sin duda, lo más destacable es que nos encontramos en el ámbito de la voluntad del ente social respecto a estas prácticas. Si bien especialistas como Hundskopf Exebio creen que las normas de BGC no deben necesariamente ser legisladas, antes bien pueden permanecer en la esfera de la voluntad, con el fin de otorgar mayor flexibilidad a las sociedades para adaptar lo que crean conveniente a sus necesidades y situaciones<sup>344</sup>, ello no será posible, al menos en el caso peruano, porque ya contamos con un sistema mixto desde que la propia Ley General de Sociedades ya contiene estas prácticas y porque un órgano especializado como CONASEV cuenta con un reglamento sobre el particular o que a futuro lo que hoy son sólo prácticas y recomendaciones contengan un imperativo jurídico con efectos de responsabilidad jurídica ante su incumplimiento.

## **7. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (RSE)**

Hemos visto cómo los Principios del Buen Gobierno Corporativo han nacido por iniciativa de la propia empresa con el objeto de garantizar eficiencia, solidez, transparencia y seguridad a los accionistas y demás grupos de interés. Hasta aquí podríamos hablar de un código de conducta empresarial, al cual se somete el ente social voluntariamente, aunque existe ya una mixtura, como en

---

<sup>344</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, “Compatibilización entre prácticas de buen corporativo y la Ley General de Sociedades”, cit., p. 83.

el caso peruano, donde CONASEV tiene un grupo de normas imperativas, con componentes éticos y morales para las empresas que cotizan en bolsa. Según lo verificamos, los principios del BGC tendrían un gran significado para los actores directos en el desarrollo empresarial, mas no así un efecto directo en la comunidad, como sí lo es la responsabilidad ética y su consecuente responsabilidad social empresarial. No tenemos el dato exacto respecto a qué es primero, si las prácticas de Buen Gobierno Corporativo o la responsabilidad social, sin embargo, creemos que las prácticas han sido el punto de partida para el desarrollo de la RSE, ya que no sólo se trata de obtener rentabilidad sino de tener una buena imagen ante la comunidad que está vigilante y es la que premiará o sancionará con su preferencia y aceptación o propiciará su salida del mercado. Es finalmente la comunidad la que expide la licencia social para funcionar. Lo que sí se verifica es que quien está en mejores condiciones de desarrollar la RSE son las grandes empresas, por cuanto qué duda cabe que adquirir compromisos y ejecutar obras sociales implica un costo alto, desembolso que no todas las sociedades, al menos en nuestro medio, pueden hacer.

El antecedente está en los grupos familiares y en los valores de las mismas. Se habla incluso de principios de justicia y honestidad y compromiso con el entorno. *Proyección* es la clave de las empresas que se desarrollan dentro de una sociedad con múltiples necesidades, pues el éxito de una compañía consiste no sólo en conseguir mayor rentabilidad, sino comprometerse socialmente con el entorno que la alberga mediante acciones sostenidas en el tiempo. Lo importante en temas de responsabilidad social es que este rubro se incluya dentro de la estructura de una empresa, para que no se trate de acciones aisladas, sino, más bien de sostenibilidad, recalca José Otárola, Gerente de Comunicaciones de Edelnor<sup>345</sup>.

Se atribuye a Milton Friedman la introducción “oficial” del término responsabilidad social empresaria a la que se refiere en su libro *Freedom and Capitalism*, su posición era que la única responsabilidad social de la empresa era generar ganancias para satisfacer a los accionistas y a sus dueños. Pero el

---

<sup>345</sup> RS EMPRESAS EN ACCIÓN, “Una luz que se proyecta en la comunidad”. Suplemento comercial del diario *El Comercio*, Lima, viernes 30 de setiembre de 2005, p. 6.

concepto de social fue recibido de otra manera. “El medio académico empieza también a reflexionar sobre la responsabilidad social empresaria. Primero lo hace en términos de ética y de moral: esta corriente, comúnmente denominada *Business Ethics*, procura evaluar las acciones de una empresa y de sus dirigentes respecto a la moral. Se trata en realidad de definir lo que está bien y lo que está mal. Luego esta reflexión se estructura alrededor de un supuesto vínculo contractual que une a la empresa con el resto de la sociedad: esta corriente conocida con el nombre de *Business and Society* define la legitimidad de la empresa como condición del vínculo social entre la empresa y la sociedad, vale decir la empresa está obligada a ser responsable socialmente si quiere gozar del beneficio de la legitimidad frente a la sociedad y seguir existiendo”<sup>346</sup>.

En general cuando se habla de empresa, célula fundamental de la vida económica, se refiere que, según su objeto social, ésta crea valor, genera utilidades y promueve una maximización de beneficios para sus accionistas. Así tenemos que una de las estrategias, para crear valor y rentabilidad a la empresa a la vez que se brinda satisfacción al cliente, es el marketing. El valor al que nos estamos refiriendo es al económico, sin embargo, hoy la tendencia va más allá, y ya hablamos de valores empresariales, éticos y morales. Por ejemplo, cuando se castiga la publicidad engañosa, ilícita o subliminal, entre otros, es porque se ha trasgredido el valor verdad y la buena fe del consumidor.

Por otro lado, con el fenómeno de la globalización se ha acentuado una corriente que lleva a la empresa no sólo a pensar en la obtención de renta y utilidades sino en el deber de contribuir al bienestar de la comunidad y a su calidad de vida. Así ha surgido la Responsabilidad Social de la empresa, la que implica una suerte de combinación de aspectos legales, sociales, éticos, morales y ambientales. Se trata de una responsabilidad distinta a la civil o penal, pero que tampoco es totalmente independiente de ellas, aun cuando se diga que ésta sólo se encuentra en el ámbito de la voluntad de las empresas.

Así como hemos visto la forma mixta del Buen Gobierno Corporativo, ya existen suficientes imperativos ético-morales contenidos en normas legales

---

<sup>346</sup> “El surgimiento de la RSE en Estados Unidos”, en *Stakeholders*, Responsabilidad Social Empresarial, con la participación de Perú 2021, Año 1, N° 1, Perú 2021, p. 8.

cuya transgresión se sanciona como infracción administrativa y que llevan a un desprestigio de la empresa infractora.

Los consumidores y la comunidad en general no sólo esperan de las empresas un buen precio o una alta calidad del bien o servicio, sino que éstas se involucren en la problemática social e incluso medioambiental, lo que se hace extensivo a la protección de los derechos fundamentales de la persona. Esta tendencia se ha convertido en una demanda y hasta una exigencia ya que la imagen, el prestigio y el éxito de las empresas dependerán del compromiso que asuman a favor de los consumidores, accionistas, trabajadores, familiares de los trabajadores y de la comunidad en general.

Se impone un cambio en la cultura y estructura organizacional de la empresa en función de lo que al consumidor y a la sociedad le genere mayor satisfacción y valor no sólo económico, sino social y ético-moral.

El gran cambio es que, de estar sujeta sólo a normas legales imperativas, hoy la propia sociedad anónima, como empresa, se ha impuesto como política un conjunto de normas de conducta que se ha denominado Responsabilidad Social Empresarial - RSE, la misma que algunas veces también se identifica con el concepto de “ciudadanía corporativa”, que tiene al ente social como un ciudadano o actor social con deberes para con su entorno social.

Es de destacar el término “responsabilidad”, que viene de *respondere*, y que a su vez significa “estar obligado”, lo que nos lleva inmediatamente a pensar que, ante un incumplimiento, hay una responsabilidad jurídica, ya sea de orden civil, penal o administrativo, pero en la RSE estamos ante un enfoque distinto. Se trata de normas internas y voluntarias de la empresa, mientras que la responsabilidad jurídica está regulada en nuestro ordenamiento legal. Así, cada empresa tendrá un enfoque o interpretación diferente, respecto a la RSE y los objetivos que persigue.

A partir del enfoque general de la RSE, la empresa no sólo estará atenta a los intereses societarios básicos y clásicos como: obtención de utilidades, desarrollo y éxito en un mercado competitivo, sino que además deberá crear un entorno laboral y familiar estimulante para sus trabajadores (lo que se conoce como ‘gestión empresarial humanista’)<sup>347</sup>. Se preocupará por el medio

---

<sup>347</sup> Domenech Melé, Profesor Ordinario de Ética Empresarial, IESE, Universidad de Navarra.

ambiente y la satisfacción a la demanda de productos ecológicos y dotar de sensibilidad a los inversores teniendo en cuenta criterios ético-sociales. Esto lleva a una responsabilidad por el bienestar de la comunidad. Algunos investigadores nos hablan de generaciones de la RSE siendo que los aspectos ético-morales, sociales y ambientales serían la tercera generación. La primera y la segunda serían la obligación de cumplir con las leyes: pagando los impuestos, por ejemplo, las prácticas de Buen Gobierno Corporativo (BGC)<sup>348</sup> y el mejoramiento de los procesos administrativos y de calidad.

A primera vista parece que se trata de una “moda” o una “estrategia” de marketing para mejorar la imagen pero, si en algún momento la RSE sólo fue un mecanismo para captar una mayor atención de los consumidores o clientes, actualmente estas normas internas y voluntarias de conducta —de índole ético y moral— son analizadas a fin de pasar a integrar el grupo de imperativos legales y hasta se busca formas de coerción para sancionar su incumplimiento.

Ante una potencial “intervención estatal” respecto a la RSE, que pudiera atender contra la libertad de empresa, las grandes empresas celebran alianzas o pactos y cada vez más se organizan foros para intercambiar experiencias y establecer políticas comunes de RSE en base a estándares sociales. El objeto principal es preservar la propia sostenibilidad de la actividad empresarial. Algunas empresas ya cuentan con Códigos de Conducta o Códigos de Ética incluso por sectores empresariales con un positivo impacto social. Por ahora un mecanismo de control externo de la RSE se puede ejercer en el mercado de consumo y para ello es necesario crear una cultura de consumo responsable. Así los ciudadanos premiarán a las empresas responsables a través de la aceptación de sus productos o servicios o la sancionarán con su rechazo. En sociedades en las que aún no existe conciencia del impacto de la RSE no hay control de ésta y por tanto no pasa de ser una estrategia competitiva.

Evidentemente, en una economía social de mercado se espera tener un Estado mínimo, pero ello no excluye de manera alguna que el Estado

---

<sup>348</sup> “[Son] políticas generales que adoptan los entes societarios a fin de obtener mayor transparencia, credibilidad y valor ante posibles accionistas. (...) Así las normas o políticas de buen gobierno corporativo tienen como objetivo unificar los intereses de los agentes económicos involucrados, para que con medidas de transparencia y creación de valor agregado, la marcha de la sociedad sea confiable y beneficiosa para todos” (HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Compatibilización entre prácticas de buen corporativo y la Ley General de Sociedades”, p. 55).

establezca los lineamientos generales para que políticas como la RSE contribuyan efectivamente al bienestar general y bien común. De lo que se trata es de contar con una verdadera filosofía y conciencia empresarial de RSE y no que se entienda como una filantropía. Una manera que el Estado pueda estimular una política de RSE en las empresas es brindando incentivos públicos y por ello hasta se puede pensar en una lista básica de prácticas de RSE, lo que no podría ser calificado como un “intervencionismo”.

## **8. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN EL PERÚ**

Ya hemos dicho que la RSE es distinta a la responsabilidad jurídica, y lo es hasta cierto punto. Si bien la RSE se encuentra en el nivel de la voluntad de la empresa y de sus reglas internas, por lo que al parecer no existe norma legal que prescriba una sanción por su incumplimiento, existe cierta interdependencia entre la norma interna y la norma legal estatal en cuanto a responsabilidades.

En nuestro ordenamiento jurídico, como ya ha sido señalado, está prevista la responsabilidad jurídica (subjctiva u objetiva), ya sea civil, penal o administrativa, por lo que si un ente social, en ejercicio de su giro social, produce un daño, estará obligado a repararlo de acuerdo a las normas civiles o si se incurre en un ilícito penal por ejercicio de actos prohibidos se aplicará una pena a su representante legal; pero si vulnera un principio de BGC o de RSE, estaremos ante una sanción social ya sea de la propia sociedad o de la comunidad, sanción esta última que muchas veces resulta más efectiva y disuasiva. Respecto a la especialidad y objeto disuasivo, en el ámbito administrativo, a través del INDECOPI, es donde con mayor acierto se han previsto normas preventivas y represivas de conductas desleales de las empresas en el mercado. De alguna manera, en cada una de estas responsabilidades está implícita la trasgresión al deber social, ético y moral que prima en todo acto tanto de persona física como de persona jurídica.

Así la RSE no es ajena a nuestra realidad nacional, aun cuando por ahora escuchamos hablar de ella sólo en relación a las grandes empresas, a las multinacionales o transnacionales y especialmente a las del sector minero y de hidrocarburos. Estamos en vías de una verdadera cultura organizacional

empresarial donde el soporte será la ética, la moral, los principios cívicos y ciudadanos y todo lo referente a sus valores.

La cercanía de la RSE como imperativo legal lo encontramos en el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado. La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República emitió el 23/06/05 el dictamen<sup>349</sup>, que contiene un texto sustitutorio, a los Proyectos de Ley N° 220/20021-CR y 2745-2002-CT sobre la Ley Marco del Empresariado. En primer lugar, este proyecto tiene a la empresa, que puede ser persona natural o una jurídica, como el género y a la sociedad<sup>350</sup>, entre otras, como la especie. La empresa se define como una “organización económica dedicada a la producción, transformación o comercialización de bienes o a la prestación de servicios, socialmente responsable, es decir, su objetivo y acción no se circunscriben sólo a los términos económicos, sino que involucra a la sociedad, su comunidad y su propio entorno...”<sup>351</sup>.

En el punto 2.3.1 análisis del Dictamen se instituye la “responsabilidad social” (RS) como un principio rector, sin embargo, cuando en el cuerpo del texto sustitutorio se describen cada uno de los principios, no se enuncia a la RS como un principio independiente sino que es absorbido en el contenido del artículo V del Título Preliminar por el principio “Protección al medio ambiente”. Ello resulta extraño por cuanto uno, entre otros más, de los aspectos de la RSE es la protección al medio ambiente y no a la inversa. Sin embargo, al leer este artículo V se advierte que el “derecho a la actividad empresarial debe ejercitarse con responsabilidad social, entre otros aspectos, preservando el medio ambiente y los recursos naturales. Para este efecto la actividad empresarial que tenga impacto sobre el medio ambiente y los recursos naturales debe estar regulada por normas legales que contengan las medidas preventivas y correctivas necesarias que cautelen el imprescindible y vital equilibrio ecológico. También socialmente responsable exige el cumplimiento

---

<sup>349</sup> El Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de la Ley Marco del Empresariado puede encontrarse en:  
<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/Dictamenes.nsf/dictamenes/2EE1A37B2B4DE11F0525702E00038ADA>

<sup>350</sup> Y no solamente se subsume a la sociedad formal sino también al segmento informal, define y regula la situación de los cónyuges empresarios, uniones de hecho, las sociedades irregulares, los contratos asociativos y otros.

<sup>351</sup> El subrayado es nuestro.

ordenado de las normas tributarias y laborales, el cuidadoso respeto del medio en el que se desenvuelve el empresario, una conducta ética y una organización humana que desarrolle su labor impulsando valores sociales, sustentados en principios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, entre otros”, no siendo la RSE sólo para el ámbito de protección del medio ambiente sino para otros más que contribuyan al desarrollo de su entorno. Definitivamente la redacción debe mejorarse para no incurrir en error alguno.

Sin duda, este proyecto de ley dictaminado contiene unos lineamientos básicos de lo que RSE implica y por lo tanto ésta ya no se encontraría en el nivel de la voluntad empresarial sino que se convertirá en un imperativo jurídico. Al respecto, Beaumont Callirgos señaló: “Con lo ocurrido en Tintaya y Yanachocha, la responsabilidad social de las empresas se ha convertido en un tema importante. La población requiere saber cuál es su dimensión y cuáles sus alcances. Aquí existe un vacío legal que el anteproyecto cubre y regula”<sup>352</sup>.

La RSE es una excelente política empresarial, pero, sin duda, tiene un costo cuando además del cumplimiento de las obligaciones legales tradicionales, una empresa asume un compromiso social e involucramiento con su comunidad y, como ya ha sido señalado, es necesario establecer quién asumirá este costo. Recordemos que en nuestro país no sólo existe la gran empresa, sino tenemos, entre otros, pequeños y hasta micro empresas. Por ello es necesario tomar atención respecto a cuál va a ser el enfoque de la RSE en el Perú atendiendo a los diferentes niveles de desarrollo de las distintas formas empresariales y su posición en el mercado a efectos de determinar los correspondientes niveles de responsabilidad social y también de responsabilidad jurídica.

Como ilustración tenemos el aviso publicado en el diario *El Comercio* de la empresa Pluspetrol: “Pluspetrol Norte cumple compromisos con el Pueblo Achuar”<sup>353</sup>. “En el mes de octubre del 2006, Pluspetrol Norte, la Federación de Comunidades Nativas del Río Corrientes, Feconaco, el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio de Salud y el Gobierno Regional de Loreto, Gorel, suscribieron el Acta de Acuerdos de Dorissa en beneficio de las comunidades

---

<sup>352</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (Entrevista a), “En busca de la modernidad: La ley marco del empresariado”, en *Jurídica* (Suplemento del diario oficial *El Peruano*), Lima, 14 de junio del 2005, p. 7.

<sup>353</sup> *El Comercio*, Lima, 18 de mayo del 2007, p. A11.

nativas Achuar, que habitan en la cuenca del Río Corrientes y afluentes, en el ámbito de los Lotes 8 t 1 AB, en el departamento de Loreto. En virtud del acuerdo suscrito, Pluspetrol Norte viene trabajando de forma conjunta y coordinada con las comunidades, organizaciones indígenas y autoridades del sector, para lograr los objetivos y compromisos asumidos en beneficio de las comunidades. Entre los compromisos se detallan:

- a) Reinyección del 100% de las aguas en la cuenca del Río Corrientes
- b) Financiamiento del Plan Integral de Salud de Río Corrientes (PEPISCO) por un fondo de S/.40'169,986 a entregarse en 10 años.
- c) Entrega de motonave fluvial
- d) Apoyo alimentario temporal y abastecimiento de agua potable
- e) Monitoreo de pasivos ambientales.

Se termina el anuncio señalando que “Plupetrol Norte ratifica su compromiso por contribuir con la mejora de la calidad de vida de las Comunidades Nativas”.

# PLUSPETROL NORTE CUMPLE COMPROMISOS CON EL PUEBLO ACHUAR

En el mes de octubre de 2006, Pluspetrol Norte, la Federación de Comunidades Nativas del Río Corrientes - FECONACO, el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio de Salud y el Gobierno Regional de Loreto - GOREL, suscribieron el Acta de Acuerdos de Dorissa en beneficio de las comunidades nativas Achuar, que habitan en la cuenca del Río Corrientes y afluentes, en el ámbito de los Lotes 8 y 1AB, en el Departamento de Loreto.

En virtud del acuerdo suscrito, Pluspetrol Norte viene trabajando de forma conjunta y coordinada con las comunidades, organizaciones indígenas y autoridades del sector, para lograr los objetivos y compromisos asumidos en beneficio de las comunidades.

COMPROMISO ASUMIDO	AVANCES HASTA LA FECHA
<p><b>1º Reinyección del 100% de aguas de producción en la cuenca de Río Corrientes:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>En el Lote 1AB: cero vertimientos de aguas de producción en el Río Corrientes en <b>Diciembre del 2007</b>.</li> <li>En el Lote 8: cero vertimientos de aguas de producción en <b>Julio del 2008</b>.</li> </ul>	<p><b>Antecedentes:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Pluspetrol Norte realizó los estudios técnicos entre el 2003 y 2004 y dio inicio a los trabajos de reinyección, previo al Acta de Acuerdos Dorissa.</li> </ul> <p><b>Avances logrados:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>En el lote 1AB tenemos un <b>avance del 40%</b>.</li> <li>En el lote 8 tenemos un <b>avance del 37%</b>.</li> <li>Continuamos los trabajos de acuerdo a lo planificado para cumplir con los plazos.</li> </ul>
<p><b>2º Financiamiento del Plan Integral de Salud de Río Corrientes (PEPISCO) por un fondo de S/. 40'169,986 a entregarse en 10 años</b></p> <p>De acuerdo al Acta, los fondos servirán para cumplir metas prioritarias como:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Vigilancia de la salud de la población Achuar del Río Corrientes.</li> <li>Equipamiento de los establecimientos de salud.</li> <li>Refacción de 4 postas médicas y equipamiento del Centro de Salud de Trompeteros, etc.</li> </ul>	<p><b>Pluspetrol Norte ha entregado S/. 5'290,328</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Monto corresponde al presupuesto total del primer año de implementación del plan.</li> <li>De acuerdo al acta, los fondos son administrados por el Directorio del PEPISCO, el cual está formado por la Diresa Loreto y las federaciones indígenas.</li> </ul>
<p><b>3º Entrega de motonave fluvial</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Pluspetrol Norte se comprometió a financiar el alquiler de la motonave por un año.</li> <li>Transcurrido este plazo, el Gobierno Regional de Loreto tiene la responsabilidad de hacer entrega de una nueva embarcación a las comunidades.</li> </ul>	<p><b>Pluspetrol CUMPLIÓ: La embarcación "Vanessa" ya opera en servicio de la comunidad Achuar</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>La motonave permite transportar la producción de las comunidades nativas hacia Iquitos.</li> <li>La FECONACO, como administrador de la embarcación, ha asumido la responsabilidad de la gestión de este transporte.</li> <li>Adicionalmente, Pluspetrol Norte financia el costo del combustible para los viajes y mantendrá este aporte durante un año.</li> </ul>
<p><b>4º Apoyo alimentario temporal y abastecimiento de agua potable</b></p> <p><b>Alimentación:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Pluspetrol se comprometió a apoyar al Programa Nacional de Apoyo Alimentario (PRONAA) en la distribución de alimentos hacia aquellas comunidades a las cuales no tiene capacidad de llegar.</li> </ul> <p><b>Abastecimiento de aguas:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Pluspetrol se comprometió a evaluar todo el sistema de abastecimiento de agua en cada comunidad y en base a esto a reparar y/o renovar el sistema de agua potable.</li> </ul>	<p><b>Apoyo alimentario a través del PRONAA</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Pluspetrol Norte y el PRONAA vienen verificando los padrones comunales para determinar el cronograma de entregas.</li> </ul> <p><b>Abastecimiento de aguas:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Finalizó el proceso de evaluación de los sistemas de agua de las 35 comunidades de la cuenca del Río Corrientes.</li> <li>En junio se iniciarán los trabajos de campo para optimizar los sistemas de provisión de agua de cada comunidad.</li> </ul>
<p><b>5º Monitoreo de pasivos ambientales</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Proyecto se realizará en coordinación con las comunidades indígenas afiliadas a la Feconaco.</li> <li>La empresa asumirá los costos de la capacitación y pago a los monitores comunitarios.</li> </ul>	<p><b>Proyecto en marcha: comunidades evalúan propuesta presentada</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Las comunidades nativas seleccionaron a 25 representantes quienes realizarán el monitoreo comunitario.</li> <li>La ONG Pro Naturaleza, seleccionada para realizar este trabajo, viene realizando el diseño del plan, el mismo que deberá ser evaluado por las Federaciones Nativas.</li> </ul>

**Pluspetrol Norte ratifica su compromiso por contribuir con la mejora de la calidad de vida de las Comunidades Nativas.**

## Capítulo Décimo

### LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

“[Representa] en la práctica desconocer la personalidad jurídica de una sociedad, en algunos casos, para evitar la utilización indebida, abusiva o fraudulenta de las personas jurídicas, con el objeto de ocultar situaciones ilícitas o causar daño a terceros (...). Se ha aplicado en sentencias, especialmente en casos fiscales, de familia y criminales. Los jueces disponen el ‘levantamiento del velo societario’ no tanto para dilucidar hechos cometidos u ocultados por la sociedad, sino por los socios. En forma general sirve para evitar que, usando la cobertura formal de una sociedad, se cometan u oculten delitos o se lesionen intereses de terceros. Al levantarse el velo se hace posible que el juez conozca la realidad de las operaciones realizadas por los socios bajo la pantalla de la sociedad”<sup>354</sup>.

Enrique Elías Laroza

#### 1. CONCEPTO

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

El levantamiento del velo societario proviene de la doctrina o teoría norteamericana conocida como el *disregard of legal entity* (desentendimiento de la personalidad jurídica) que es una práctica judicial por la cual se prescinde de la forma externa de la persona jurídica para desconocer la diferencia entre ella y sus titulares, de ahí se levanta el velo societario y se examinan los reales intereses que existen en su interior. Así se evitan y detienen los fraudes y abusos que se estén cometiendo.

<sup>354</sup> ELÍAS LAROZA, *Derecho Societario Peruano*, cit., T. I, p. 34.

Para Isaac Halperin, el levantamiento del velo, significa la prescindencia de la persona jurídica para responsabilizar al ente por los hechos u obligaciones de otro ente, jurídicamente tercero (sea persona física o jurídica)<sup>355</sup>.

Para Dobson, esta doctrina es un conjunto de remedios jurídicos mediante la cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de Derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de Derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada<sup>356</sup>.

Para Fernando de Trazegnies Granda: “El descorrimiento del velo societario es una institución nueva, destinada a evitar que, 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 con algún tipo de contrato”<sup>357</sup>.

Se trata de una invención del Derecho angloamericano que surge como solución a nivel judicial frente a los fraudes cometidos por los miembros, teniendo como cobertura a las personas jurídicas, siendo el caso emblemático cuando el ente social extralimita sus funciones en sus relaciones con los particulares, especialmente en aquellas sociedades donde hay límites en la responsabilidad de sus miembros. Dependiendo del sistema en el cual se recurra a esta doctrina, teoría o técnica, los alcances de su aplicación serán distintos, ya que los supuestos serán delimitados también de manera diferente.

## 2. OBJETO

Hay varias formas de describir el objeto de la Doctrina del levantamiento del velo societario. Por un lado, ante los actos irregulares cometidos por los socios de la persona jurídica o de la sociedad dominante, se puede penetrar en

<sup>355</sup> HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998.

<sup>356</sup> DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, cit., pp. 11, 12.

<sup>357</sup> TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”, en *Ius et Veritas*, Año XIV, N° 29, Lima, [2005], p. 12.

el interior del ente social alcanzando a las personas físicas que la integran y a sus bienes, cuando se adviertan conductas fraudulentas o usos antisociales con perjuicio de terceros. Así también podemos señalar que tiene por objeto que el Juzgador verifique si en un determinado caso existen circunstancias que evidencien el uso fraudulento del ente social a fin de eludir sus obligaciones, siendo su atribución descorrer el velo societario con el objeto que los miembros que la componen respondan por los actos fraudulentos. De lo que se trata es de superar todos aquellos actos negativos generados por todas las conductas abusivas y fraudulentas que efectúan los socios en nombre de la sociedad, cuando incluso se invoque o ampare, para la realización de dichos actos fraudulentos, en la regulación establecida en nuestro ordenamiento jurídico. Con esta doctrina lo que se vendría a obtener es un resultado justo aplicado obtenido por equidad<sup>358</sup>.

### 3. ANTECEDENTE HISTÓRICO

La doctrina cuyo estudio nos ocupa proviene del Derechos anglosajón, esto es, del *common law*, donde los jueces “crean el Derecho”, y recurren supletoriamente a la equidad, convirtiéndose ésta en el principio superior para aplicar la Doctrina del levantamiento del velo societario o *disregard*.

Un antecedente histórico por similitud, a nuestro parecer, se encuentra en la doctrina del *trust fund* en el siglo XVI en Inglaterra, lo que conocemos como fideicomiso. Resulta que con el propósito de evitar la afectación o confiscación del patrimonio, se tornó usual constituir fideicomisos, ello para proteger al fideicomitente de los acreedores fideicomisarios. Se establecieron dos conceptos, uno relativo al título legal del *common law*, que además se encontraba unido a la propiedad formal y el otro el título de equidad unido a la propiedad real, considerándose al fideicomiso<sup>359</sup> como una “pantalla” y atendiendo al título de equidad se descorrió el velo societario. Los acreedores

---

<sup>358</sup> GARCÍA VICENTE, Jaime, *Responsabilidad solidaria y levantamiento del velo en la jurisdicción social*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 43.

<sup>359</sup> El fideicomiso es un negocio jurídico entre una persona —fideicomitente— que traspasa los activos al fideicomiso y el individuo o empresa —fiduciario— confiada con la protección, quien efectivamente tiene el control, la administración y la última distribución de los activos del mismo, a favor de las personas —beneficiario— con derecho a recibir los beneficios de los activos y/o de la renta, según se indique en el acuerdo privado.

fideicomisarios tenían derechos más fuertes que los accionistas, por tanto, si es que estos últimos, en caso de estado de quiebra, recibieran dinero o bienes del patrimonio social, sin antes haber pagado a todos los acreedores, entonces por equidad los acreedores fideicomisarios podían ir directamente contra esos accionistas, superando la autonomía patrimonial. La jurisprudencia anglosajona aplicó en los tribunales del Reino Unido esta figura a fin de remediar los actos antijurídicos que realizaban los socios a través de la organización colectiva, utilizándola como una “pantalla” o “máscara” que les sirva de cobertura.

A pesar de lo expuesto, hay posiciones respecto a que no debería tenerse como antecedente del levantamiento del velo societario al *trust fund*, sin embargo nosotros llegamos a la conclusión que sí por cuanto verificamos una similitud y relación directa entre la doctrina del *trust fund*, la equidad y el *disregard* o levantamiento del velo.

En lo que se refiere a la fuente u origen de la doctrina, hay mayor coincidencia en que esta está en los fallos jurisprudenciales norteamericanos, que incorporaron la figura del “*piercing the corporal veil*”, que puede traducirse como levantamiento o alzamiento del velo de la persona jurídica o “*disregard of legal entity*”, como desconocimiento de la entidad legal. Uno de los antecedentes significativos de la aplicación propiamente del levantamiento del velo, que calificamos como el “*leading case*”<sup>360</sup>, se encuentra en una resolución emitida por los jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el año 1809. Se trata del caso *Bank of the United States vs. Deveaux*<sup>361</sup>, en el que los miembros de la sociedad recurrente eran ciudadanos extranjeros, los cuales impugnaban la competencia de la Corte Federal pues ésta solo podía resolver causas referidas a “ciudadanos” de un Estado. Alegaban los mencionados socios que siendo la sociedad una reunión de varias personas, es invisible, inmortal, y su existencia solo descansa en su reconocimiento por la ley, por lo cual la persona jurídica no podía ser considerada “ciudadano”. Ante tal situación, el juez Marshall se vio obligado a mirar más allá de la forma de la persona jurídica, el carácter de las personas individuales que componían la

---

<sup>360</sup> Respecto al significado de “*leading case*”, tenemos que no necesariamente se trata de un fallo importante para la comunidad jurídica, sino que su cualidad principal es que a partir de él, se comienza una tendencia o criterio que puede referirse a una cuestión puntual que no puede ser importante para el sistema jurídico en su conjunto. Entendemos que la decisión del Juez Marshall no sólo es un “*leading case*” sino que además es un fallo muy importante.

<sup>361</sup> Se puede leer más sobre la sentencia en Anexo N° 5.

sociedad, con el objeto de mantener la competencia del Tribunal Federal. A partir de esta sentencia los casos de *disregard of legal entity* empezaron a ser cada vez más frecuentes.

En contraste con los pronunciamientos estadounidenses, la jurisprudencia inglesa ha sido muy cauta para aplicar el *disregard of legal entity*, sin embargo, excepcionalmente, lo ha hecho. Un ejemplo lo tenemos en la sentencia del 16 de noviembre de 1896, caso “*Aron Salomon (apelante) v. Salomon and Company Ltd.* (emplazado)”<sup>362</sup>. Salomon desarrollaba un negocio individualmente, luego constituye una sociedad con seis miembros más que al parecer eran solamente sus testaferros y cuando la sociedad se liquida, el pasivo era muy grande. Si bien en este caso no se levantó el velo societario, sí se destaca el fallo emitido por el magistrado Vaughan Williams, quien se mostró conforme con el planteamiento del liquidador de la empresa Salomon & Co. Ltda., señalando que los suscriptores del negocio fundacional distintos a Salomón eran meros testaferros y que el solo propósito del señor Salomón, al formar la sociedad, fue usarla como un “agente” que hiciera negocios por él. El Tribunal de Apelación llegó a una conclusión similar señalando que los actos de compañía “Companies Acts” concedían el privilegio de la responsabilidad limitada sólo a los genuinos accionistas independientes, que aportaban su capital para comenzar una empresa, y no a un hombre que en realidad era el único propietario del negocio y que sólo se dedicó a encontrar seis testaferros juntos para cumplir las formalidades de constitución de un ente social. Sin embargo, en revisión, la Cámara de los Lores revocó por unanimidad los fallos del juez Williams y del Tribunal de Apelación, manteniendo el respecto a la autonomía patrimonial, sosteniendo que el señor Salomón no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, que las obligaciones fueron válidamente emitidas y que el Derecho de garantía que pesaba sobre los activos de la sociedad era efectivo contra ésta y sobre los acreedores<sup>363</sup>. Sin duda los casos *Bank of the United States vs. Deveaux* y *Aron Salomon v. Salomon and Company Ltd.* son un antecedente histórico y fuente de la doctrina en estudio muy importantes.

---

<sup>362</sup> Se puede leer más sobre la sentencia en el Anexo N° 6.

<sup>363</sup> YAGÜEZ, Ricardo de, *La doctrina del levantamiento de velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 62.

## 4. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA

### 4.1. En el Derechos anglosajón

Se identifican conformando la teoría del *disregard*, el fraude y el *agency*. El fraude puede ser descrito como un acto, por acción u omisión, por el cual un sujeto, mediante engaño o aprovechamiento del error en el que se encuentra una persona, alcanza un beneficio o lucro indebido, siendo el efecto más repudiable cuando de por medio hay una relación de confianza. Ciertamente habrá diferentes supuestos de fraude por considerar, y de acuerdo a determinado ordenamiento, pero hay que ser cuidadosos para encontrar un justo medio, que evite llegar a la arbitrariedad. En el contexto del fraude y su rechazo cobró vital importancia el principio de equidad, siendo que en el Derechos anglosajón, ante una simulación, se aplica el *disregard* o legal entity.

La otra doctrina de la *agency* no es totalmente equivalente a agencia, sino que se trata de un concepto mucho más amplio que involucra, por ejemplo, el mandato con o sin representación, el contrato de obra o de trabajo, las relaciones de los órganos societarios, la comisión, la agencia mercantil, etc. Es aquí que se erige la teoría, en materia de responsabilidad extracontractual, cuando el patrón responde por los actos agente causante de un daño por el principio de la responsabilidad vicaria. En lo que respecta a la responsabilidad contractual, si el agente no ha dado a conocer la existencia del ente social a la celebración de un negocio jurídico, el tercero está autorizado a ejercitar una acción directa contra la del patrón (principal oculto), configurándose así una solidaridad entre el agente y el ente social, ya que se permite al tercero emplazar a uno o a otro.

## 4.2. Posición de Serick

No podemos tratar el tema sin hablar del alemán Rolf Serick<sup>364</sup>, quien es reconocido como uno de los grandes propulsores de la Doctrina del levantamiento del velo societario, llegando incluso a decirse que él es objeto de admiración por su análisis cuidadoso de la realidad, su inducción más allá de las formas y el criterio finalista o teleológico que inspiran sus soluciones<sup>365</sup>. 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 personas jurídicas”. 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. El valor que encontramos a su estudio y reflexión es que la crítica no se queda en una detracción sin aporte, sino que a partir de la evaluación de supuestos nos da pautas para poder determinar algunos supuestos que pueden ser tomados como referenciales para la aplicación de la doctrina.

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

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

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

---

<sup>364</sup> Profesor de la Universidad de Heidelberg, autor de la gran obra *Rechtsform un Realität Juristischer Personen* (Forma y realidad de la persona jurídica).

<sup>365</sup> BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, cit., p. 83.

### ***b) Fraude o violación de contrato y lesión contractual***

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

### ***c) Daño fraudulento causado a terceros***

Son aquellos supuestos en los que se causa daño pero que no son consecuencia de fraude a la ley por medio de persona jurídica, tampoco por fraude o violación de contrato y lesión contractual.

Tal como ha sido señalado, a partir del enunciado de Serick y la Doctrina mayoritaria con los que estamos de acuerdo, lo que subyace a la doctrina del levantamiento del velo societario es en primer lugar la sanción al abuso del derecho, fraude a la ley, actuación contra los actos propios; en segundo lugar, anteponer en circunstancias excepcionales al principio de seguridad jurídica en un Estado de Derecho, los valores justicia, equidad y buena fe en resguardo del fin último del derecho, preservar la convivencia social y paz social en justicia.

### **4.3. Supuestos de aplicación**

Existe confusión al determinar los supuestos de aplicación del levantamiento del velo societario debido a que generalmente se atribuye la responsabilidad a determinados órganos integrantes de la administración social, sin tener en consideración que la responsabilidad derivada de dichos actos se encuentra dentro del incumplimiento de los deberes propios de sus funciones, y no en la simulación o instrumentalización de la sociedad por el privilegio de la responsabilidad limitada. Es difícil establecer cuándo estamos ante accionistas que buscan conseguir fines distintos de los pensados y fijados como ente social o simplemente buscan causar perjuicios a los demás atentando contra la moral social. El ordenamiento positivo reconoce

expresamente la facultad a las personas para crear una organización que actúe con capacidad autónoma de sus miembros, que pueda emitir su propia voluntad jurídica y que cuente con su propio patrimonio, con el que responderá por las deudas que pueda asumir en el desarrollo de sus actividades. En ese sentido, resulta claro que uno de los derechos subjetivos que le son inherentes a cualquier persona desde que es tal es la posibilidad de formar sociedades mediante las cuales pueda desarrollar actividades lícitas sin arriesgar el íntegro de su patrimonio pero la contrapartida es que haya una conducta recta y acorde con las pautas de equidad y lealtad. El abuso del privilegio no puede ser admitido por el ordenamiento jurídico y por ello en doctrina más o menos mayoritaria se han establecido varios supuestos.

#### ***a) Abuso del Derecho***

Que se encuentren consagrados la autonomía patrimonial o el hermetismo de la persona jurídica no quiere decir que no sean personas físicas las que integran un ente social y que por lo tanto tienen el deber de usar la personería jurídica acorde con la funcionalidad del ente social. Por ello, invocar la existencia de la persona jurídica para pretender sustraerse a la responsabilidad frente a actos que exceden los límites del ejercicio de un Derecho subjetivo es inadmisibles. De esta forma, cuando se habla del ejercicio abusivo del derecho, en su faceta axiológica, a través del ente social, es incuestionable que son los integrantes de la sociedad los que abusan del derecho de asociación y de las reglas que son aplicables para el ejercicio de este derecho. Evitando acciones irregulares, no sólo en el ámbito civil sino en cualquier campo, con el objeto de obtener resultados antijurídicos, se podrá controlar los actos dolosos o fraudulentos que cometan los miembros que componen la persona jurídica utilizándola para ello. Lo expuesto no quiere decir que la propia sociedad sea el ente que abusa de las facultades con las que cuenta en su calidad de sujeto de Derecho independiente, pues la propia organización colectiva también cuenta con derechos subjetivos desde que se le pueden imputar deberes y derechos, y por ende se puede abusar de ellos a través de los actos que realiza mediante sus órganos, representantes o dependientes. En efecto, la sociedad de manera directa e inmediata puede actuar antijurídicamente, por ejemplo, abusando de

la autonomía negocial con la que cuenta para regular sus relaciones obligacionales frente a terceros, pero cuando actúan directa e inmediatamente serán de aplicación las reglas de responsabilidad civil contractual o extracontractual, el problema está cuando se obtiene un resultado por el abuso de la personería jurídica.

En cuanto a la finalidad que puede haber tenido el legislador al contemplar expresamente el derecho de asociación, y al prever la posibilidad de que existan formas societarias que limiten su responsabilidad patrimonial, creemos que es claro que se ha buscado favorecer, fundamentalmente, a los socios para que puedan obtener beneficios, sean estos patrimoniales o no, desarrollando las actividades permitidas en su objeto social; no así para que usen la persona jurídica como una “máscara” en perjuicio de terceros, eludiendo obligaciones contractuales, tributarias, laborales o responsabilidades civiles. Es en estos últimos casos en los que el juez debe verificar que se ha cometido un abuso del Derecho subjetivo de asociación, cualquiera que sea la modalidad de la sociedad mercantil, y declarar que efectivamente se ha hecho un uso antisocial de dicha prerrogativa legal, imponiendo los correctivos y las sanciones que sean necesarios.

Así, para determinar cuándo nos encontramos ante actos reñidos contra la moral e interés social realizados a través de la persona jurídica, la evaluación de dichas conductas debe ser efectuada por el juez según criterios que de manera objetiva debe comprobar; esto es, la moral social no debe ser lo que entienda por ésta el magistrado, sino una determinada línea de conducta o conducta estándar que seguiría cualquier ciudadano promedio, teniendo en cuenta la solidaridad que debe existir en cualquier situación jurídica subjetiva dentro de determinado contexto jurídico, social, económico y político. A tal efecto, creemos que es válida la consideración elaborada en materia de responsabilidad civil, cuando para determinar el factor atributivo de responsabilidad se habla del “hombre razonable”. Por ejemplo, en nuestra Ley General de Sociedades se hace referencia al “buen administrador”.

### **b) Fraude a la ley**

Se erige una teoría del fraude que tendría un doble ámbito de aplicación, por un lado a favor de norma específica que ha sido defraudada y también para impedir la vulneración contra el ordenamiento jurídico en su conjunto.

El fraude a la ley se presenta en apariencia como un acto legítimamente realizado y bajo el amparo de normas legales expresas. Para que exista fraude a la ley deben presentarse dos normas jurídicas, una que es la llamada “ley de cobertura” y la otra que es la “ley defraudada”. La ley de cobertura es un dispositivo general que permite encubrir el acto malicioso y darle un tono aparente de legalidad; la ley defraudada, en cambio, no es un precepto específico para un caso determinado, lo que se atenta de esta forma es la finalidad por la cual fue creada, es decir, se ataca la razón, la *ratio legis*, que llevó al legislador a emitir dicho dispositivo.

La Real Academia de la Lengua define al fraude como un engaño, inexactitud conciente, abuso de confianza que produce o prepara un daño<sup>366</sup>. A decir de Juan M. Dobson, el fraude en su sentido más estricto comprende en realidad cualquier hecho destinado a engañar, incluyéndose en ese concepto a todos los actos, las omisiones y los ocultamientos que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad<sup>367</sup>, a su vez el concepto de mala fe está construido en función del fraude, y se aproxima a ambas nociones<sup>368</sup>.

Por razones de técnica jurídica, se separó el fraude a los acreedores del fraude a la ley; en cuanto al primero, debemos destacar que está caracterizado por el perjuicio que se causa a un particular, que es el sujeto activo en la relación jurídica creditoria, mientras que en el caso del fraude a la ley se causa perjuicio a intereses superiores de la comunidad, el dañado no es un particular sino la comunidad personificada por el Estado.

Es el Juez quien al resolver debe aplicar las reglas que hayan sido burladas mediante el acto defraudatorio, según cada caso específico. Ahora bien, debe quedar en claro que la norma transgredida debe ser de obligatorio

<sup>366</sup> *Diccionario Hispánico Universal*, W. M. Jackson Inc. Editores, México, 1962, p. 681.

<sup>367</sup> DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, cit., p. 141.

<sup>368</sup> DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, cit., p. 142.

cumplimiento, es decir, una ley de carácter imperativo, pues no cabe hablar de fraude a la ley, tratándose de una norma declarativa o dispositiva, que establezca los alcances de una figura jurídica o que pueda ser variada por la autonomía de la voluntad de las partes. Esta característica que, como se verá más adelante, es de fundamental importancia, tiene su razón central en la protección del orden público y las buenas costumbres.

Debemos destacar que la mayoría de veces, las situaciones en las que se produce un fraude no se presentan en un solo acto, sino en una sucesión de los mismos.

No es conveniente hacer una extensión demasiado general al momento de aplicar la figura jurídica del fraude a la ley, pues hay que recordar que como contraparte de la misma debe respetarse el principio de seguridad jurídica, con mayor razón si se tiene en cuenta que el acto o los actos que podrían considerarse defraudatorios se hacen dentro del marco legal que le brinda la norma de cobertura. Sin embargo, sí creemos que los efectos del fraude a la ley pueden extenderse a los casos en que se viole la finalidad que podría tener un sistema normativo determinado, en este caso la funcionalidad de la sociedad anónima; esto es, cuando se atenta contra los objetivos que se han tenido para crear un ordenamiento legal referido a determinada situación de hecho bastante bien delimitada.

Ciertamente se ha destacado que mediante la aplicación arbitraria de la teoría del fraude a la ley podría crearse inseguridad jurídica, ya que la decisión final para determinar si una conducta ha sido defraudatoria queda en manos de los magistrados; pero ello ocurre de igual forma en el campo de la responsabilidad jurídica o en cualquier otra decisión final de la judicatura, con la que podemos estar conformes o no. Pero no es atentar contra la seguridad jurídica si es que el Derecho cumple con su función social y cautela que se cumpla con el deber genérico de respetar los intereses de terceros.

Por todas estas consideraciones es conveniente que exista un mecanismo judicial que sancione los actos fraudulentos, pero respetando los requisitos indispensables para que se considere una conducta como defraudatoria para lo cual habría que establecer los parámetros jurisprudencialmente.

Si como lo señalan algunos autores, para la aplicación de la figura del levantamiento del velo societario es necesario que los actos efectuados por los

socios hayan producido daño y debe de existir un nexo causal entre los hechos y el daño, entonces estamos simplemente ante un análisis previo de la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil, esto es, daño causado, antijuricidad, nexo causal y factor de atribución, lo que nos llevaría a la conclusión que la Doctrina del levantamiento del velo sería innecesaria ya que bastaría recurrir a las reglas comunes de responsabilidad civil. Los elementos de la responsabilidad civil nos pueden servir de referentes, pero el abuso del derecho, el fraude a la ley y otros escapan al modelo jurídico por lo que no nos conducen al resultado que se obtiene por el levantamiento del velo.

Al igual que en el caso del ejercicio abusivo del derecho, en el fraude a la ley el criterio más adecuado para determinar si nos encontramos ante una conducta fraudulenta es el objetivo que se presenta cuando se pretende burlar la finalidad social, económica o política por la que fue promulgada una norma legal. A tal efecto, no importará el conocimiento o no de las partes acerca de los fines de la norma, pues éstos, al igual que la norma misma, se deben presumir conocidos por todos.

### ***c) Distinción entre abuso de derecho y fraude a la ley***

El abuso de derecho, para Carmen Boldó Roda, supone una actuación contraria a la buena fe, la cual, como el fraude a la ley, tiene como elemento común el intento de obtener un resultado contrario al ordenamiento jurídico positivo que busca su apoyo en la norma de cobertura<sup>369</sup>.

Si bien existen muchas similitudes entre ambas figuras hay también diferencias sustanciales entre el ejercicio abusivo del derecho y el fraude a la ley, que ameritan una separación no sólo doctrinaria sino que también son advertidas en la aplicación de las mismas. La primera de las diferencias que ha sido destacada radica en que mientras en las conductas abusivas se ejerce un derecho de manera antisocial, en el fraude a la ley se rodea una norma legal acogiéndose a otra que le brinda aparente amparo. Como consecuencia de esta primera diferencia se derivan otras más. En el caso del abuso del derecho se produce un incumplimiento directo de una obligación genérica, mientras que

---

<sup>369</sup> BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, cit., pp. 290, 291.

en el caso del fraude existe un incumplimiento indirecto de dicha obligación para evitar la norma defraudada.

El fraude a la ley pone énfasis en la violación de normas jurídicas o preceptos legales que forman parte del Derecho objetivo, presentándose esta figura cuando existen dos normas, la primera es la ley de cobertura y la segunda la ley defraudada, esta última necesariamente de carácter imperativo. En el abuso del derecho, donde existe una potestad jurídica para obrar contenida en una norma legal, se hace uso u omisión excesiva de un Derecho subjetivo. Por último, en el fraude a la ley, el enfoque sancionatorio viene dado desde la perspectiva del deber impuesto por la norma legal cuya finalidad no se ha respetado; mientras que en el ejercicio abusivo de una conducta, el énfasis está puesto en la actuación de un derecho que posteriormente resulta lesivo para los intereses de terceros.

## 5. PRINCIPIOS Y VALORES EN LA DOCTRINA

Una de las principales críticas que se hace a la Doctrina del levantamiento del velo societario, es que se antepone el valor justicia y equidad a la seguridad jurídica, que es un bastión del Estado de Derecho. Sin embargo, existen circunstancias en que ello es necesario ya que el “ordenamiento jurídico se articula, como sabemos, según valoraciones positivas cuyo sentido se proyecta hacia valores puros, en los que la comunidad apoya sus vivencias axiológicas”<sup>370</sup>. Precisamente, a la par de las normas positivas, son los valores para la protección integral y efectiva de los derechos fundamentales, libertades individuales y políticas consagradas en las Constituciones de los Estados, que se acentúan en el ordenamiento jurídico de un país constitucional y democrático. Así es razonable que, en algunos casos, pueda darse una aparente preferencia a la justicia y equidad, cuando en verdad no se trata de preferencia, ya que seguridad jurídica habrá en la medida que no se soslaye el carácter axiológico de la norma fundamental.

---

<sup>370</sup> BORGA, Eduardo Ernesto, “Buena fe”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1982, T. II, p. 403.

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

### **5.1. Principio de seguridad y estabilidad jurídica**

Se trata que el ordenamiento jurídico o sistema normativo sea uno confiable, estable y predecible.

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. Es tan importante en un país porque es el baluarte del Estado de Derecho en el reconocimiento de la persona tanto física como jurídica y de la soberanía del pueblo en el marco de la supremacía constitucional, división de funciones y respeto de sus competencias y además porque, en ese contexto, es un factor determinante e influyente en el crecimiento económico. Como contraparte, se podrá hablar de inseguridad jurídica cuando hay una constante modificación de normas, pero no porque se busque la eficiencia de las mismas, sino respondiendo a intereses políticos, coyunturales y de corto plazo. Igualmente podemos hablar de inseguridad judicial ya sea por corrupción o por falta de especialidad en materias técnicas, inestabilidad funcionaria en el aparato estatal y jurisdiccional por escaso nivel de preparación, entre otros.

Si bien, en el plano macro estatal, la seguridad jurídica es un principio relacionado con el ordenamiento o sistema jurídico de un país, ya que se funda en la Constitución política del Perú, que es la que garantiza la unidad del sistema jurídico y la que dicta las pautas generales para toda norma de inferior jerarquía (y de allí la importancia del principio de supremacía constitucional y del control de constitucionalidad), presentamos nuestro enfoque de la seguridad jurídica, pero en varios planos.

El primero es el que debe ofrecer el país como Estado, un Estado confiable para el crecimiento y desarrollo del mismo. En este primer plano la responsabilidad directa la tiene el órgano legislativo por cuanto debe evitar la expedición de leyes singulares que hasta puedan llevar “nombre propio”, constituyendo un peligro para la racionalidad de la ley, en cuanto que norma general y abstracta. De lo que se trata es que una ley no sea producto de la

voluntad arbitraria de determinados intereses particulares y pretenda responder con regulaciones jurídicas diferenciadas a situaciones sociales también diferenciadas y particulares que requieren de un tratamiento desigual para alcanzar la verdadera igualdad<sup>371</sup>.

El segundo plano es la seguridad que deben sentir y tener los magistrados para, libres de toda presión, decidir según sus atribuciones. El tercer plano, aunque subjetivo, viene a ser la sensación y vivencia que tienen los ciudadanos respecto a lo que perciben como seguridad jurídica frente a un órgano jurisdiccional con deberes y obligaciones y al resto de organismos estatales y privados. De allí la tan exigida “predictibilidad en las decisiones judiciales” por parte de la comunidad jurídica.

Evidentemente, que parte de la garantía y seguridad jurídica se encuentre en manos de la Magistratura no quiere decir que se propugne un “Estado Judicial de Derecho” y se crea que el Magistrado, en virtud de su independencia judicial, puede actuar arbitrariamente y tampoco se trata de propiciar la impunidad en las decisiones judiciales que resulten ajenas a la lógica común.

Hablar de seguridad jurídica, con calidad de constante y permanente, nos lleva a la garantía de estabilidad jurídica. Estabilidad quiere decir, en términos comunes, mantenerse igual en el tiempo, sin embargo, este término está, por lo general, relacionado al campo empresarial y comercial, al desarrollo económico e inversiones tanto nacionales como extranjeras. Es usual que esta característica del Estado de Derecho se materialice en los contratos de estabilidad jurídica (tributaria), negocios jurídicos que se encuentran en el marco de los “contratos ley” a que se refiere el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes.

---

<sup>371</sup> MARTÍNEZ ALARCÓN, Mariluz, “Reflexiones sobre el ejercicio de la función legislativa y su relación con el principio de independencia judicial”, en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, Nº 36, Toledo, 2004, p. 166.

## 5.2. Justicia y equidad

Lo expuesto sobre la seguridad jurídica y la estabilidad jurídica tienen un correlato con aspectos normativos objetivos y concretos, lo que no sucede con la justicia y la equidad, que son conceptos relativos. “El concepto de justicia dista mucho de ser una noción unívoca y por el contrario constituye un concepto relativo, empírico y circunscrito a las valoraciones vigentes en este o aquel medio social”<sup>372</sup>, pero aun en su relatividad es un valor jurídico supremo en el Derecho, que también está implícito en la seguridad jurídica.

Respecto a la equidad, si buscamos una definición en cualquier diccionario, encontramos que equidad es, entre otros, “atributo de la justicia, que cumple la función de corregir y enmendar el derecho escrito, restringiendo unas veces la generalidad de la ley y otras extendiéndola para suplir sus deficiencias, con el objeto de atenuar el rigor de la misma”.

Según Recaséns Siches, la equidad “es equivalente a Justicia (...) lo fundamentalmente justo. Al fin y al cabo la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber, el principio de igualdad o proporcionalidad. En tal sentido, justicia y equidad resultan ser vocablos sinónimos. Una segunda acepción, la más usada e importante, de la palabra equidad es la de denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa) que sea justa, es decir, que resulte justa en el caso particular y concreto para el que se dictó. En este sentido se suele hablar de equidad como aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso singular. En tercer lugar se habla también de equidad para designar la norma o el criterio en que deben inspirarse, las facultades discrecionales del juez o del funcionario administrativo”<sup>373</sup>.

Si bien se ha señalado una amplia descripción de la connotación de equidad, habrá algunas diferencias que se establezcan respecto a Justicia y equidad no considerándoseles sinónimos. Por ejemplo, Aristóteles afirma que

<sup>372</sup> CONDORELLI, Epifanio L., *El abuso del derecho*, Editora Platense, La Plata, 1971, p. 39.

<sup>373</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, “Equidad”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1982, T. X, p. 427.

si bien ambas pertenecen al mismo género, la Justicia ha sido expresamente establecida como valor en el Derecho positivo (escrito), por lo tanto habla de lo justo legal, mientras que la equidad es algo superior a lo justo legal, siendo el justo natural en relación al caso particular y concreto.

Recordemos que para examinar una norma jurídica, primero vemos su validez, la vigencia, y si se trata de una norma justa nos referimos al justo legal y seguro invocamos el principio de igualdad ante las normas, sin embargo, la aplicación de tal norma a un caso concreto será justa, al parecer, en la medida que el supuesto de hecho normativo encaja con el caso que tenemos que resolver, pero tal vez la solución no sea en equidad.

La equidad es lo que debemos perseguir, sin embargo, aun cuando por atenuar y flexibilizar la rigidez del derecho, la discrecionalidad puede posibilitar la arbitrariedad, se deberá ser cauto para no incurrir en imprecisiones. De allí la complejidad de la función de la Magistratura cuando se enfrenta ante un conflicto entre el Derecho, la Justicia y la Equidad, debiendo identificar conductas desleales y fraudulentas que atentan contra los valores del Derecho. Para esa tarea, no hay norma a ser propuesta, puesto que la Constitución política del Perú recoge principios y valores que son de obligatorio respeto y cumplimiento por todas las personas y cuyo control corresponde a la Magistratura.

### **5.3. Principio de buena fe**

Buena fe proviene del *bona fides* consagrada en el Derecho romano como un deber divino. Al igual que la justicia y la equidad, la buena fe puede ser definida o descrita a partir de diferentes enfoques, ya sea como un hecho, norma esencial de convivencia humana, principio del Derecho, valor jurídico, regla de interpretación, fuente de Derecho u otro. Si solamente hablamos de “buena fe” entonces la referencia será a un hecho pero, en el contexto de nuestro estudio nos interesa la buena fe pero como principio y su efecto jurídico. Como principio, aun no siendo norma jurídica, consideramos que adquiere la categoría de norma esencial de convivencia en todas las actuaciones de las personas ya sea relaciones personales, económicas o sociales, por su nexos con las buenas costumbres y la regulación ética de la

conducta. Es que la “buena fe no es (...) una norma jurídica, sino un principio jurídico fundamental, esto es, algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico. Informa la totalidad del mismo y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas, en las cuales muchas veces el legislador se ve precisado a aludirla en forma intergiversable y expresa”<sup>374</sup>. Para Picó i Junoy, el “principio general de la buena fe es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico y, supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la ley, que permite a los juristas adecuar las distintas instituciones normativas a los valores sociales propios de cada momento histórico”<sup>375</sup>.

Dar una definición única de buena fe es demasiado complejo, lo que sí puede hacerse es una referencia a una serie de cualidades, que también son consagradas como manifestaciones o principios a seguir tales como lealtad, honestidad, fidelidad, confianza, credibilidad, moralidad, deber de decir la verdad e incluso equidad. Cada uno de ellas está en relación directa con la regulación ética de la conducta en sociedad.

Es este un aspecto importante a tener en cuenta cuando se interpretan las normas para decidir el derecho que corresponde. “Por eso —dice Gonzáles Pérez—, aunque la ley no lo consagre de modo concreto, halla su explicación como principio general del Derecho a través de la interpretación e integración de las normas, haciendo que el Derecho no se maneje a espaldas de su fundamento ético, sino como un factor informante y espiritualizador”<sup>376</sup>.

La buena fe es el fundamento y razón del comportamiento social de las personas, lo que debe estar en todas las relaciones que se originen. Nuestro Código Civil, en el artículo 168°, establece que: “El acto jurídico debe interpretarse de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe”. Como sabemos, la buena fe se presume, *ergo*, la mala fe tendrá que ser probada; y de comprobarse, no tendrá ninguna protección. En la Ley General de Sociedades se acoge este principio, estando prevista la

<sup>374</sup>BORGA, Ernesto Eduardo, “Buena fe”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1982, T. II, p. 404.

<sup>375</sup> PICO I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2003, pp. 66, 67.

<sup>376</sup> Citado por GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 44, 45.

protección a los terceros, siempre que hayan actuado de buena fe. Al referirnos a las relaciones, éstas no deben entenderse sólo en aquellas relaciones civiles entre particulares sino también en las relaciones con entes públicos o principalmente con la administración de justicia. Ello nos remite a la conducta procesal, cuando la persona es parte en un proceso ante el órgano jurisdiccional. Nuestro Código Procesal Civil, en el artículo IV del Título Preliminar prescribe una conducta procesal de las partes y sus abogados que sea veraz, proba, leal y de buena fe, ello en rechazo al abuso del derecho y el fraude. “Esta ubicación de la buena fe en el proceso importa una clara llamada de atención a la manera en que se concreta la conducta de las partes, cobrando el juez un rol activo a partir de la publicización y encontrando en las normas jurídicas verdaderos “disuasivos potenciales” que obran como preventores del desvío procedimental”<sup>377</sup>. El Juez, como director del proceso, tiene una serie de atribuciones para sancionar la conducta desleal dentro del proceso.

#### **5.4. La doctrina de los actos propios**

En esta teoría encontramos otro fundamento que justifica la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. El nombre proviene del latín “*venire contra factum proprium non valet*” y ha adquirido la categoría de principio general de Derecho por la protección de la confianza y de la buena fe. Se trata de no alegar perjuicio o derecho a partir de sus propios actos o actuar contra los mismos. Por ejemplo, Serick entre los supuestos de fraude a un contrato consideró que se trata de una manifestación del “*venire contra factum proprium non valet*”, cuando la persona jurídica es un medio para llegar a un resultado que viola lo expresamente pactado, tanto si se ha constituido el ente social antes de la celebración del negocio jurídico o después, ya que en este caso la parte contratante confiaba en una determinada situación de hecho o derecho<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup> GOZAÍNI, *Temeridad y malicia en el proceso*, cit., p. 45.

<sup>378</sup> BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, cit., p. 275.

También es conocida como la doctrina inglesa del *estoppel* del vocablo francés “*estoupe*”, que quiere decir *detener* o *parar*, que a su vez provienen de la voz inglesa “*to stop*”. Este particular instituto del Derecho inglés y norteamericano ha prestado importantes servicios y apoyo a la doctrina del *disregard of legal entity*, al punto que puede sostenerse que es el propio soporte procesal de esta última, sin el cual no podría haber adquirido su actual dimensión y estabilidad porque se adapta con particular precisión a la desestimación de la personalidad jurídica, o su inoponibilidad<sup>379</sup>.

Sin duda que se requieren ciertas condiciones para su aplicación y para que se constituya como un límite al ejercicio de un Derecho subjetivo (actuación procesal) ya que podrían haber situaciones justificadas, aunque siempre se tendrá en cuenta la buena fe de terceros que debe ser protegida. Entre las condiciones o requisitos a tener en cuenta para la aplicación de este principio, podemos mencionar los siguientes:

- a) No debe tratarse de cualquier conducta, sino de una de relevancia jurídica y que haya producido efectos, siendo necesario que pueda determinarse el sentido de los actos del agente.
- b) Que el mismo actor (igualdad de sujetos) pretenda cambiar o modificar su acto, generando incompatibilidad y afectando la buena fe que debe haber existido en la conducta anterior.
- c) La conducta del agente no debe ser consecuencia de error y por el contrario debe haber actuado con plena conciencia para producir o modificar el sentido del acto anterior.
- d) Debe producirse un daño a terceros con la conducta cambiante, de lo contrario será, irrelevante para el Derecho.

## 6. LA DOCTRINA EN EL DERECHO COMPARADO

En esta parte no haremos una explicación de cada una de las tendencias que hay sino sólo damos relieve a la experiencia, en general, de Estados Unidos, Alemania y España. A partir de estas experiencias, países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica y Uruguay, entre otros, ya tienen

---

<sup>379</sup> DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, cit., p. 265.

algunas decisiones en aplicación de esta doctrina. En detalle respecto a estas experiencias puede recurrirse a una existente bibliografía que trata en extenso sobre el particular<sup>380</sup>.

Como toda aplicación gira en función al valor equidad y moralidad, podemos suponer que estamos ante decisiones o criterios que pueden ser distintos en cada país e incluso en cada caso particular.

Respecto a Estados Unidos y el Derechos anglosajón, ya hemos adelantado detalles en la parte de antecedente histórico. Fue, sin duda, el caso *Bank of The United States vs Deveaux* el “*leading case*” y fallo de importancia a partir del cual los tribunales norteamericanos empezaron a utilizar esta doctrina, siempre recurriendo al principio de equidad y buena fe. No existe un procedimiento que, en el Derecho norteamericano, precise cuáles son los supuestos de aplicación en los cuales los tribunales se encuentren facultados a levantar el velo a la persona jurídica. La premisa que se tiene en cuenta está relacionada a que la “*piercing the veil*”, jurisprudencialmente, es un principio relacionado al grado con el que las sociedades respetan las formalidades sociales y particularmente la extensión y forma en que el socio dominante ejerció el control. Si es que existe confusión entre el patrimonio, los negocios del socio y de la sociedad, se considerará la unidad, o sea, que existe una sola persona y se sanciona la responsabilidad del socio o sociedad dominante basándose en la conducta que éstos efectuaban la cual es contraria a la equidad.

Para la doctrina alemana existen, por lo general, dos supuestos para la aplicación de la Doctrina del levantamiento del velo: cuando existe imposibilidad de distinguir exteriormente la separación existente entre la persona jurídica y la persona de los socios, lo que trae como consecuencia el no poder reconocer si un determinado acto es imputable a la sociedad o a los

---

<sup>380</sup> Se recomienda revisar estas obras: BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, cit., *passim*; BORDA, Guillermo J., *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *La utilización fraudulenta de la persona jurídica*, Juristas, Lima, 2005; DOBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, 2ª ed. inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1991; LÓPEZ MESA, Marcelo J./CESANO, José Daniel, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal*, Depalma, Buenos Aires, 2000; YAGÜEZ, Ricardo de, *La doctrina del levantamiento de velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1997

socios que la componen y la situación que se produce cuando el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios no pueden diferenciarse con claridad.

En España se tiene como referente la solución alemana y la posición del alemán Serick, quien sustenta su teoría a partir de la teoría de Gierke, esto es, de la realidad de la persona jurídica. Esta metodología no supone negar la personalidad jurídica, sino proceder de este modo sólo en el caso específico de una falta de adecuación a la realidad<sup>381</sup>.

Para Serick, cuando se constataba la presencia de actos ilícitos dentro de la persona jurídica, resultaba necesario que se supere la barrera de la formalidad, esto es, de la “personalidad jurídica”, a fin de poder dejarla de lado e identificar a las personas que actúan de forma ilícita o defraudatoria, toda vez que estos actúan en nombre de la sociedad utilizando, sin embargo, este espectro formal para poder efectuar actos con los defrauden a terceros. La jurisprudencia española da cuenta de la aplicación de la Doctrina del levantamiento del velo societario cuando la persona jurídica pretende amparar los actos ejecutados en fraude a la ley, ya que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

### **6.1. Supuestos generales de aplicación de la doctrina**

Uno de los problemas, por no decir el principal, que encuentra la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y que aún se encuentra sin solución es la generalidad y vaguedad de los supuestos y la carencia de un criterio rector, lo que podría, en algún momento, resultar un peligro contra la seguridad jurídica. En principio, la regla general de aplicación será cuando hay un ejercicio antisocial o cuando no se cumplen con las formalidades sociales, debiendo precisarse que no sólo se trata del levantamiento del velo societario que persiga al accionista físico sino indiscutiblemente también a una sociedad. En la búsqueda de un criterio rector hay algunas propuestas como las de Carmen Boldó Roda, que presenta algunos grupos a partir de los cuales se pueden seguir derivando otros de acuerdo a cada circunstancia y contexto nacional:

---

<sup>381</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Naturaleza tridimensional de la persona jurídica”, cit., p. 44.

***a) Identidad de personas o entes***

Cuando no puede diferenciarse el patrimonio social del individual, esto es, si existe confusión de patrimonios entre la sociedad y sus socios. Tratándose de la identidad de entes, la confusión o duda se presenta respecto a cuándo estamos ante el ente social o sólo sus miembros.

***b) Insuficiencia de capital***

Cuando una persona jurídica no posee un capital y organización empresarial suficientes para el logro de sus fines, por cuanto existe una diferencia considerable entre la cifra del capital y su objeto social.

Cuando los socios no proveen al ente social de los recursos patrimoniales indispensables para desarrollar su objeto social, los socios tendrán que asumir las obligaciones directamente por la responsabilidad social. Se distingue la insuficiencia por infracapitalización material de la nominal. La primera está referida al supuesto de los accionistas que no recurren a créditos externos ni asumen obligaciones personales para cubrir la insuficiencia; en tanto que la nominal se refiere a que los accionistas, en vez de proceder a los aumentos de capital necesarios, hacen la financiación necesaria, pero a través de los préstamos que ellos mismos conceden al ente social para adquirir la calidad de acreedores, con las preferencias que ello implica.

***c) Control o dirección efectiva exterior***

Cuando se detecta un manejo defectuoso de la administración del ente social jurídico o si se detecta un control pleno de la sociedad por otra entidad, empresa o alguno de sus miembros, socios o titulares. A manera de ejemplo, tenemos a dos entes sociales, uno de los cuales está sujeto a la voluntad del otro y lo conduce, por lo tanto, su desenvolvimiento está en manos de otra sociedad y no se busca su interés social sino el del conductor. Aquí habría que precisar los conceptos de dependencia e instrumentalidad, el primero se refiere al control que un ente ejerce sobre otro y el segundo relacionado a la identidad

material entre dos entes formalmente distintos que se encuentran en relación de dependencia: es instrumental el ente dependiente a través del cual actúa el ente dominante o principal.

***d) Abuso de la persona jurídica por fraude a la ley o en cumplimiento de obligaciones***

Este grupo se ha denominado el “cajón de sastre”, porque todo lo que no encuentra un grupo determinado puede ser considerado en éste. Por lo general, es cuando se actúa con el propósito de defraudar a los acreedores, para eludir una obligación existente, burlar una norma o establecer un monopolio. Hay que distinguir entre el abuso social y el abuso personal. El social está en el ámbito que actuando según las normas previstas, lo que se busca es un fin ilícito con el escudo de la responsabilidad limitada. En cuanto al abuso personal, cuando hay vulneración al principio de buena fe, se comete fraude o se actúa contra los propios actos.

Además, dentro de este “cajón de sastre” podemos encontrar otros supuestos, como el que relaciona al principal y su filial. Si existieran prohibiciones normativas para la principal, surge la pregunta sobre si la filial puede ejercitar derechos que la norma prohíba a la principal. En este caso habría que ver la importancia y trascendencia de la prohibición. Otro supuesto es cuando una sociedad dependiente es utilizada como testafierro por parte de la principal para alcanzar fines ilícitos. Se considerará a la principal y a la filial como una unidad cuando sólo así puedan alcanzar la finalidad de una norma de Derecho societario.

Finalmente, sin que sean todos los supuestos a tener en cuenta, están los señalados por Marcelo J. López Mesa<sup>382</sup>:

- a) Desestimación en beneficio de terceros acreedores de la sociedad y en desmedro de los socios por existir simulación en perjuicio de aquellos. Se entiende que esta simulación es ilícita ya que en materia civil está prevista la lícita.

---

<sup>382</sup> LÓPEZ MESA/CESANO, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal*, cit., p. 149.

- b) Cuando haya simulación para eludir obligaciones alimentarias y derivadas de la sociedad conyugal, en materia tributaria, en materia concursal y material laboral.

Frente a la posición extrema de negar la aplicación de la Doctrina del levantamiento del velo societario, con los argumentos de vulneración del principio de seguridad jurídica , que no existe velo que levantar, porque en el ordenamiento jurídico ya existen figuras o instituciones que castigan el abuso de derecho , el fraude a la ley , la vulneración al principio de buena fe o que neutraliza oposiciones a los actos propios; existen otras posiciones que la admiten, aún cuando se recomienda tener en cuenta ciertos límites. Con esto último, da la impresión que no hay una definición de posiciones y que se estaría ante una solución incompleta o “en blanco”, posiblemente es así. Lo que sucede es que en juego hay supuestos que deben ser evaluados de manera individual, de acuerdo a las circunstancias a partir de las cuales se han generado las conductas abusivas y cómo se ha utilizado la forma de la sociedad anónima. Por eso, los límites o recomendaciones que se hacen están en función a que la Doctrina del levantamiento del velo societario deberá aplicarse sólo en casos excepcionales, en forma restringida y con una interpretación restrictiva. Por otro lado la aplicación de la doctrina no podrá ser invocada en beneficio de los propios accionistas ya que ellos no pueden establecer cuándo se respeta la forma social o no, y finalmente; lo que es ya un asunto de la Judicatura, de la confianza y credibilidad en nuestros magistrados; que se respete la interdicción del principio de arbitrariedad.

## Capítulo Undécimo

### IMPLICANCIAS DE LA DOCTRINA DEL VELO SOCIETARIO EN EL PERÚ

“Esta es, sin duda, materia jurídica altamente controvertida. Pero poco a poco, jueces, árbitros y tratadistas se han aventurado a explorar este peligroso —aunque muchas veces indispensable— túnel conceptual que permite atravesar la aparentemente maciza montaña de la personalidad societaria para echar una mirada al paisaje que se presenta del otro lado”.

Fernando de Trazgenies Granda<sup>383</sup>

En nuestro contexto constitucional, legal y en una economía social de mercado<sup>384</sup> se promueve el desarrollo del país, siendo el rol del Estado el de estimular la creación de la riqueza, garantizar la libertad de trabajo y libertad de empresa, comercio e industria. Expresamente, en el artículo 59º de la Constitución Política del Perú se establece que el “ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”,

<sup>383</sup> TRAZEGNIES GRANDA, “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”, cit., p. 12.

<sup>384</sup> “*La economía social de mercado y el papel institucional del Estado*. Esta noción se refiere a un tipo de organización económica regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado, el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre iniciativa, para participar en la actividad económica, y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general.

En ese ámbito de concurrencia e intercambio autodeterminativo, en donde aparecen de un lado los ofertantes de bienes y servicios y, de otro, los consumidores o usuarios, el Estado cumple plurales funciones, a saber:

a) Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos.

b) Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras. Por ende, como bien afirma Walter GUTIÉRREZ CAMACHO [“Derecho del consumo y Constitución: el contratante débil”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 65, Lima, 2004, p. 108], tal responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa que se efectúe en nuestro ordenamiento, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor; es decir, a un especial deber de protección.

c) Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por inacción o defección de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.

d) Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).

e) Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0018-2003-AI, 28/04/04, P, F.J.2).

configurándose así un límite a la libertad, que entre otros, es la moral. En un pluralismo económico, el Estado reconoce la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa, también se reconoce el derecho a contratar, siempre que no se contravengan leyes de orden público (artículo 2º, inciso 14); se consagra también la autonomía de la voluntad de las partes a través de las libertades de contratar y contractual. “Parece razonable concluir que la estabilidad del orden contractual debe tener su relativa estabilidad en la realidad social y económica. De ahí que si las circunstancias cambian, parece razonable la injerencia de la ley para imponer modificaciones de carácter general en las estipulaciones de los contratos, con el propósito de salvaguardar los principios de justicia”<sup>385</sup>.

Es en este contexto que la sociedad anónima es reconocida por su utilidad y funcionalidad en el desarrollo de la economía nacional.

## **1. FUNCIONALIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

Al conjunto de características de un ente que hace que este sea utilitario y tenga valor se puede denominar “funcionalidad”, y es precisamente atendiendo a la utilidad, importancia y valor en el comercio y desarrollo de un país que se ha creado y reconocido a la sociedad anónima. Hablar de la funcionalidad del ente social, como elemento en el tráfico económico, es establecer la coherencia entre los fundamentos de la existencia de la misma, sus necesidades y los resultados que se obtienen. El desarrollo de los entes sociales y colectivos, en la historia, alcanza su máxima expresión en el reconocimiento de la sociedad anónima como organización de capitales por excelencia. Se habla de una revolución del reconocimiento de la sociedad anónima porque ha llegado a ser la forma de organización comercial más estable y permanente que ha podido dominar el mundo por la respuesta efectiva a la necesidad de capital y de inversiones, con posibilidades de gran rendimiento y sin riesgo considerable por su característica de responsabilidad limitada. Y es que la sociedad anónima es el paradigma actual de los tipos societarios comerciales; sus especiales características, antes referidas,

---

<sup>385</sup> MESÍA RAMÍREZ, *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*, cit., pp. 298, 299.

permiten emplearla para asumir los mayores riesgos propios del acelerado crecimiento industrial. Ella ha venido siendo objeto de una verdadera utilización masiva, como bien lo señala Dobson<sup>386</sup>.

El contexto en el que resalta la sociedad anónima y demás personas jurídicas es uno en el que subyace la funcionalidad de las mismas en un Estado de Derecho y un mercado libre, donde a su vez se respetan los derechos fundamentales como el derecho a la libertad, derecho a la asociación y la libertad de empresa que consagra la autonomía de la voluntad. Sin embargo, así como el ordenamiento jurídico le ha concedido a las personas físicas, un privilegio de responsabilidad limitada, cuando conformen un ente social, lo que constituye una gran conquista jurídica, se le exige a ese ente social y a sus miembros el respeto no sólo a las normas jurídicas sino a la ética y la moral, tan necesarias en el ámbito societario. Es que “Son las razones históricas de las concesiones o privilegios a la sociedad anónima, que luego de presentar, gracias a la ley, una absoluta desvinculación del dueño del negocio de quienes la manejan (por lo menos sobre el papel), se constituyen por fuerza de la personificación en verdaderas barreras impenetrables, pues la personalidad se le endilga a un sujeto distinto de quienes la conforman”<sup>387</sup>.

Por ello se genera una gran rechazo cuando, invocando un formalismo jurídico, respecto a la persona jurídica, se tiene a esta como una simple figura formal, la cual puede ser utilizada de manera abusiva o fraudulenta, para aprovechar las ventajas de la limitación de la responsabilidad, excediendo la funcionalidad económico-social que la norma le ha conferido. Este rechazo que parte de cuestionar a la persona jurídica en general y con mayor intensidad a la sociedad anónima, se materializa en la búsqueda de mecanismos, teorías o doctrinas para neutralizar tales acciones abusivas y antifuncionales, surgiendo la Doctrina del levantamiento del velo societario que se sustenta en el principio de la realidad y valores como la equidad, buena fe, lealtad y seguridad jurídica. “El dogma del hermetismo, al que se debe la alta consideración que merece la persona jurídica en las asesorías de medios financieros, y que el estado liberal prácticamente fomenta, mantiene su dominio mientras no choca con los intereses ni de uno ni de otro. Cuando el choque se produce y el dogma resulta

---

<sup>386</sup> DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, cit., p. 11

<sup>387</sup> TELEKI AYALA, *La personificación jurídica en la teoría general del derecho*, cit., p. 106.

incómodo, se le pondrá en duda y, además, se pensará en abandonar como molesto el mismo concepto de persona jurídica”<sup>388</sup>.

Si queremos preservar la funcionalidad de la sociedad anónima y que ésta no sea usada con fines distintos a los que fundan su existencia y si los mecanismos legales que ofrece el ordenamiento jurídico no son suficientes para lograr este objetivo entonces nada obsta para que excepcionalmente podamos recurrir a la Doctrina del levantamiento del velo societario, ya que ello es atribución discrecional del Juez en ejercicio de su función jurisdiccional. Esta es nuestra posición, la que se enfrenta a aquella que niega la aplicación de la doctrina, ya sea porque se entiende que vulnera el principio de seguridad jurídica y porque en el ordenamiento jurídica habrían instituciones que regulan la forma de castigar la conducta desleal, actos contra la buena fe, la inequidad, el fraude a la ley y el abuso del derecho. Agregamos que la “doctrina, partiendo de estos presupuestos, reúne todo su material para defender o atacar la personificación en cuando virtud normativa. Casi todas las voces que en algún momento ‘propicio’ la defendían, son las mismas que desaparecido el estado de necesidad apoyan con fervor un amilanamiento de la personificación por sus llamados abusos. Propugnan, hoy en día, un quebrantamiento del concepto jurídico en aras de encontrar una modificación legislativa acorde con la situación en crisis.”<sup>389</sup>

En cuanto a la seguridad jurídica, no puede restringirse ésta al fiel cumplimiento del texto de la norma positiva, sino que habrá que cautelar los valores que están implícitos en ella, porque sólo así el Derecho cumplirá la finalidad por la cual ha sido creada por el hombre. Debe tenerse presente que “no es posible aceptar que alguien diga: ‘tengo derecho a...’, si al mismo tiempo eso a lo que dice tener derecho no está vinculado a todo un conjunto de elementos de valor moral que justifique aquella exigencia. Nuestras exigencias tienen que ser coherentes con nuestro sistema de valores, pues no podemos exigir pura y simplemente lo que nos conviene, entendiendo aquí por conveniencia lo que es expresión de nuestro egoísmo, de nuestro capricho”<sup>390</sup>.

---

<sup>388</sup> CASTRO Y BRAVO, Federico de, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1984, p. 249.

<sup>389</sup> TELEKI AYALA, *La personificación jurídica en la teoría general del derecho*, cit., p. 106

<sup>390</sup> ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992, p. 29.

En cuanto a las instituciones o figuras legales que puedan existir en el ordenamiento jurídico, revisaremos que éstas no sirven para romper el hermetismo de la autonomía patrimonial.

Por eso, en este capítulo, para fundamentar nuestra posición presentaremos algunos conceptos y temas que afirman la necesidad de recurrir a la Doctrina del levantamiento del velo societario y que ello no atenta contra la seguridad jurídica, sino por el contrario la reafirma.

## 2. EL DERECHO Y SUS FUENTES

El Derecho, en general, es el conjunto de normas que tiene la calidad de imperativo y hasta coercitivo, en una sociedad organizada que rige la vida y conductas de las personas que conviven en ella. “En una apretada síntesis, con la simplificación y carácter elemental que necesariamente conlleva, podemos decir que el Derecho es el sistema de regulación de las conductas sociales más completo que ha desarrollado el ser humano; que está integrado por dos tipos de elementos que son las normas jurídicas y los principios generales y que se va organizando internamente en grupos, subconjuntos y conjuntos normativos, de manera tal que unos van siendo subsumidos en otros hasta llegar a completar todo el universo jurídico”<sup>391</sup>. El ordenamiento jurídico y sus normas no son otra cosa que el Derecho nacional, siendo éste el que “establece los principios y las normas jurídicas fundamentales para que el Estado-nación ofrezca seguridad, bienestar, desarrollo y justicia al pueblo, en general. De ahí que el Derecho es cambiante, pero dentro de un marco de estabilidad y seguridad jurídicas, respetando los derechos adquiridos, máxime, los humanos, en los campos civil, político, económico, social y cultural”<sup>392</sup>. Las normas jurídicas también son normas sociales, sólo que adquieren tal categoría cuando se institucionaliza la sociedad a través del Estado. Ese conjunto de normas jurídicas o reglas tiene implícito todo un componente axiológico donde el valor supremo es la Justicia. Así, cuando se apela a consideraciones de

---

<sup>391</sup> RUBIO CORREA, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2006, p. 85.

<sup>392</sup> DEL SOLAR, Francisco José, “José Francisco de San Martín y Matorral y el derecho republicano”, en *Jurídica* (Suplemento del diario oficial *El Peruano*), Lima, 24 de julio de 2007, p. 3.

Justicia, lo que se está haciendo es apelar a las normas, ya que “carece de sentido hablar de justicia sin referencia a esas reglas. Si esta afirmación se acepta, se deduce que el reconocimiento de la justicia como valor comporta, en sí mismo, una razón para el establecimiento de reglas”<sup>393</sup>. Efectivamente el Derecho no son sólo enunciados escritos sino que son valores y es que “Moral y Derecho pertenecen al campo de la ética, conceptuada ésta, en sentido lato como disciplina del obrar humano. Pero presentan señaladas diferencias. Una de ellas, advertida por Tomasio y Kant, atiende al aspecto externo de lo jurídico: la moral toma en cuenta la conciencia; el Derecho la coexistencia. Ese distingo, sin ser el único, constituye antecedente y síntesis de todos los demás: la moral se refiere a la totalidad de la vida, el Derecho rige en cuanto a lo social: aquella es autónoma, éste heterónimo; la moral consagra deberes, el derecho deudas; la moral es incoercible, el derecho coercible; aquella considera fundamentalmente la intención, éste —primordialmente— la exteriorización. No se entienda lo antes dicho como afirmación de independencia del Derecho y de la moral; tan sólo se trata de órbitas distintas pero interdependientes, con subordinación de lo jurídico a lo moral. El Derecho adquiere relevancia trascendente desde que implica la vigencia de la regla moral, básica en la convivencia humana: es moral el acatamiento espontáneo de la regla jurídica, y el mismo ordenamiento tiene previstos dispositivos para aplicar sanciones a quienes se apartan de sus normas con triunfo, otra vez, de la regla moral”<sup>394</sup>.

El Derecho, sin duda, es una producción del hombre y ésta no sólo se da con la voluntad del legislador<sup>395</sup> (legislación como fuente formal), sino que existen otras fuentes como la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina y la declaración de voluntad<sup>396</sup>. La jurisprudencia, después de la legislación, en nuestro medio, es la que cobra hegemonía en la creación de Derecho y es una

---

<sup>393</sup> BRENNAN, Geoffrey/BUCHANAN, James, *La razón de las normas. Economía política constitucional*, traducción del inglés por José Antonio Aguirre Rodríguez, Unión Editorial, Madrid, 1987, p. 135.

<sup>394</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, 3ª ed. (reimpr.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 18, 19.

<sup>395</sup> Marcial RUBIO precisa que es necesario distinguir entre norma jurídica y “voluntad de un gobernante”, la cual se da en gobiernos de facto donde hay inestabilidad y tal voluntad adquiere obligatoriedad por imperio de la fuerza y la arbitrariedad.

<sup>396</sup> Está referido a la celebración de actos o negocios jurídicos por la autonomía de la voluntad de las partes, el Estado le reconoce la calidad de “contratos-ley”.

atribución de la Magistratura. “Los fundamentos principales de la jurisprudencia como fuente de fuerza vinculatoria son dos: que contribuye a la equidad<sup>397</sup> y que, en los sistemas romano-germánico, la tarea del juez contribuye decisivamente, a través de su función creadora, a concretizar la norma abstracta en los casos concretos desarrollando nuevas soluciones”<sup>398</sup>. Se distingue entre jurisprudencia en sentido lato, la que producen los magistrados del Poder Judicial, y en sentido estricto la que corresponde al Tribunal Constitucional.

Se suele denominar “jurisprudencia administrativa”, como lo hace INDECOPI<sup>399</sup>, por ejemplo, al referirse a las resoluciones que se expiden en ámbito administrativo, término con el cual no estamos de acuerdo ya que tales resoluciones significan solamente “precedentes de observancia obligatoria” ya que el “precedente administrativo es una ‘resolución’ sustantiva de la Administración, mientras que en la ‘práctica’ serían ‘normas usuales’ de eficacia interna de la Administración”<sup>400</sup>.

Tampoco es acertado denominar jurisprudencia a cualquier decisión judicial por el solo hecho de haber sido declarada consentida o ejecutoriada, ya que técnicamente hablando, para ser jurisprudencia debe ser consecuencia de los acuerdos de las Salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia, tal como lo prescribe el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial *El Peruano* de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales,

<sup>397</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>398</sup> RUBIO CORREA, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, cit., p. 190.

<sup>399</sup> **Decreto Legislativo Nº 807, Indecopi, Artículo 43.- Publicación de jurisprudencia administrativa.-** Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio del INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial *El Peruano* cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores”.

<sup>400</sup> FARRANDO/MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 81.

cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial *El Peruano*, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan”. No habrá que confundirse con los Plenos Jurisdiccionales<sup>401</sup>, que son reuniones de magistrados con el objeto de uniformizar criterios que si bien son positivos por la finalidad, los acuerdos o decisiones no tienen la calidad de jurisprudencia.

Otra fuente es la costumbre pero no una común sino una que cumpla ciertos requisitos para adquirir la calidad de costumbre jurídica como uso generalizado, conciencia y obligatoriedad y permanencia en el tiempo, a ello hay que agregarle el reconocimiento y respaldo estatal. Se distingue entre costumbre fuente y costumbre norma, la primera es una a partir de la cual se podrá producir Derecho, mientras que la segunda es escrita ya forma parte del ordenamiento jurídico.

Hemos dejado para el final la doctrina por cuanto nos interesa darle mayor relieve por su relación con el tema que estamos tratando.

---

<sup>401</sup> Los plenos jurisdiccionales son reuniones que agrupan a magistrados de la misma instancia y especialidad con el objeto de analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional; debatir sobre las mismas y buscar soluciones; comparar los distintos puntos de vista respecto a situaciones similares, anotando sus virtudes y defectos; debatir sobre los distintos criterios de interpretación de las prescripciones y aplicación del conocimiento jurídico para la solución de los conflictos sociales de su especialidad, escogiendo finalmente el criterio más apropiado en cada caso. La importancia de los plenos está en el establecimiento de criterios de política jurisdiccional sobre determinadas materias, entendiéndose que ésta, la política jurisdiccional, está constituida por la suma de las decisiones emitidas por los jueces al resolver en los casos particulares sometidos a su consideración. Además es objetivo de la celebración de Plenos Jurisdiccionales, uniformar la jurisprudencia haciendo de esa manera predecibles las resoluciones judiciales, lo cual es necesario para conceder seguridad jurídica a la colectividad en diversos niveles. Los plenos jurisdiccionales pueden ser distritales (entre los vocales especializados del mismo distrito), regionales (si comprende magistrados de varias Cortes) o Nacionales si convoca a los vocales de todos los distritos judiciales.

## 2.1. La doctrina como fuente de Derecho

Entre algunas definiciones comunes de doctrina tenemos que ésta significa un conjunto coherente de enseñanzas, creencias, instrucciones o un sistema de opiniones y postulados más o menos científicos, frecuentemente con la pretensión de posesión de validez general. La palabra latina doctrina significa “enseñanza” y ésta así como las creencias o instrucciones son a menudo formuladas, por primera vez, de una forma concreta en el proceso de instruir a principiantes.

Ya en el campo jurídico, la doctrina “es un gran ordenador y expositor del sistema jurídico legislado. Su función de describir permite exponer sistemáticamente grupos de normas diseminados en diversas épocas y con diversas ubicaciones jerárquicas dentro del Derecho nacional. Su función de explicar llena de contenido y precisa el significado de muchos términos que en el lenguaje común, o tienen etimología distinta o, simplemente no existe. Su función de sistematización es un perpetuo ordenador de las normas en grupos, conjuntos y subconjuntos que aportan mayor claridad, concordancia y coherencia dentro de todo el sistema. Sus funciones de crítica y solución permiten limar aristas, resaltar deficiencias y cubrir carencias donde el Derecho legislado se torna insuficiente y contradictorio”<sup>402</sup>.

Para García Máynez, la doctrina son los estudios de carácter científico que los juristas realizan a cerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente técnico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación<sup>403</sup>.

Contrariamente al reconocimiento que se hace a la doctrina como fuente de Derecho, para Manuel Albaladejo, la doctrina no es tal sino que constituye un medio para conocer el Derecho, esta no tiene más valor que el de la autoridad científica que la defiende o el que le proporciona los argumentos en los que se apoya; sin embargo, no obliga a los tribunales<sup>404</sup>. Toda crítica es necesaria para engrandecer los conocimientos y en el caso de la posición de Albaladejo, afirmamos que en principio la doctrina sí es fuente de Derecho

---

<sup>402</sup> RUBIO CORREA, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, cit., pp. 218-219.

<sup>403</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1997, p. 76.

<sup>404</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, 14ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, Volumen Primero, p. 461.

porque tal y como él mismo lo señala “es un medio para conocer el Derecho” y partir de ese conocimiento, llámese científico, es que se puede producir Derecho. Así, nuestro Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 047-2004-AI/TC, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24/04/06 (Fundamento Jurídico), ha señalado respecto a la doctrina que: “Esta noción alude al conjunto de estudios, análisis y críticas que los peritos realizan con carácter científico, docente, etc. Dicha fuente se encuentra constituida por la teoría científica y filosófica que describe y explica las instituciones, categorías y conceptos disciplinarios e indaga sobre los alcances, sentidos y formas de sistematización jurídica, constituyéndose en uno de los engranajes claves de las fuerzas directrices del ordenamiento estatal.

Si bien no podemos afirmar que esta fuente derive de la Constitución, el Tribunal Constitucional y los diversos niveles jerárquicos del Poder Judicial recurren a la doctrina, nacional y extranjera, para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar los fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia. Al respecto, Rubio Correa apunta que: (...) la doctrina ha sido recogida y citada intensamente por el Tribunal Constitucional, lo que muestra reconocimiento de esta fuente del Derecho. El Tribunal ha aceptado aportes tanto de la doctrina nacional como de la extranjera<sup>405</sup>.

Hay que tener presente que “el estudioso del Derecho deberá adquirir la convicción de que parte esencial de sus conocimientos jurídicos van a provenir de la doctrina. En caso contrario, es seguro que nunca podrá conocer a profundidad y, en consecuencia, aplicar correctamente, toda la complejidad del sistema jurídico con el que trabaja cotidianamente”<sup>406</sup>.

Que no haya consenso general respecto a que la doctrina, como fuente de Derecho, es vinculante o no, no impide que se pueda recurrir a ella válidamente para decidir el Derecho que corresponde y alcanzar el fin último de un proceso, el cual es resolver un conflicto de intereses y mantener la paz social en Justicia.

---

<sup>405</sup> RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 36.

<sup>406</sup> RUBIO CORREA, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, cit., p. 221.

### 3. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA REALIDAD

Este principio es asociado directamente con la materia laboral y responde al concepto que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la realidad (práctica) y lo que consta en los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero. Sobre el particular y a manera de ilustración, tenemos la decisión del Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 01968-2006-PA/TC-Arequipa, 29/03/07, el “Segundo Juzgado Civil de Arequipa, con fecha 21 de febrero de 2005, declara fundada la demanda, por considerar que el recurrente acredita haber laborado por un período de un año y cuatro meses, convirtiéndose en indeterminado el plazo de duración de su contrato de trabajo. Argumenta, asimismo, que el contrato quedó desnaturalizado, al haber sido celebrado con fraude a la ley. (...) Con las pruebas obrantes de fojas 3 a 114 de autos, se acredita fehacientemente que el demandante trabajó ininterrumpidamente en la Municipalidad Provincial de Arequipa, como obrero, desde el 18 de junio de 2003 hasta el 31 de octubre de 2004, es decir, que entre las partes existió una relación laboral de naturaleza indeterminada; por ende, los contratos de trabajo a tiempo parcial no tienen ninguna validez, ya que mediante ellos la emplezada encubría una relación laboral de naturaleza indeterminada”<sup>407</sup>.

Con la aplicación de este principio se evita las conductas desleales y se decide el Derecho con equidad y en Justicia, previniendo la vulneración de derechos laborales. Frente a ello nos preguntamos si la aplicación de este principio se restringe al campo laboral, o es que también puede aplicarse por el Magistrado cuando se evidencia un uso fraudulento de la sociedad anónima. Nuestra respuesta es que el Magistrado al impartir Justicia, puede recurrir a todos los principios recogidos en el sistema jurídico.

### 4. PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

Este principio forma parte de las garantías de la seguridad jurídica, ya que su trasgresión es un atentado al debido proceso y por ende a la tutela

---

<sup>407</sup> El subrayado es nuestro

jurisdiccional. Éste tiene dos componentes: la discrecionalidad, garantizado por de la independencia judicial, como atribución del Juez y la arbitrariedad misma.

La discrecionalidad es una potestad, arbitrio, libertad y atribución para valorar, seleccionar y decidir dentro de una pluralidad de opciones, que encuentra sustento en el Estado Constitucional de Derecho. El mismo Derecho concede un margen de libre apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión de un concepto aplicable a una situación concreta, siendo el núcleo de ella, el interés público y social. Tiene que ver con elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad aparte de las valoraciones que cada uno tenga. No está previsto ni regulado el grado de discrecionalidad, en todo caso ello estará sujeto a un control subjetivo de la ciudadanía a base de un control de la logicidad, razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones.

Por su parte el requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. Una decisión no podrá ser caprichosa, despótica, vaga, incierta, incongruente, contradictoria o contraria a la realidad. Una decisión arbitraria no es una decisión justa y por lo tanto no se ajusta a Derecho. Al respecto, se ha señalado, en la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1050-2006-PA/TC (fundamento jurídico 3) del 14/03/06: “En todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas —sean o no de carácter jurisdiccional— es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que, con la decisión emitida, se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional”.

De allí que surge el principio de interdicción a la arbitrariedad, como contrapeso a la discrecionalidad, por ello en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario “el agente de Derecho debe tener la perspicacia necesaria para ubicar a cada autor en su contexto: en caso contrario un deficiente manejo de lo doctrinal puede llevarlo a graves errores

conceptuales y de aplicación”<sup>408</sup>. Esa perspicacia, a la que se refiere Marcial Rubio, es la que tendrá que tener nuestro magistrado para aplicar la Doctrina del levantamiento del velo societario cuando sea necesario, para que su decisión no sea calificada como arbitraria.

## 5. NECESIDAD DE LA DOCTRINA

Estando próximos a llegar a nuestra conclusión, y coincidiendo con lo señalado por Hundskopf en el sentido que: “el allanamiento de la personalidad nos plantea un ejemplo más del conflicto entre justicia y la seguridad jurídica. Ciertamente, el hecho de desconocer la utilización de una persona jurídica como mera instrumentalidad o herramienta de sus miembros, para ejecutar actos abusivos o defraudadores en contra de acreedores o terceros, contravendría abiertamente el primero de tales principios, resultando exclusivamente formal la aplicación de normas generales de separación de patrimonios y límites de responsabilidad. Del mismo modo, desconocer la personalidad jurídica de una determinada sociedad, sin sustentarse en supuestos objetivos o normas legales, y partiendo del análisis judicial de un caso determinado, coadyuva a la inseguridad jurídica de las instituciones cuestionadas, por lo que en tan delicada operación, los magistrados deberían apelar a nociones genéricas como las de “abuso del derecho” o “fraude a la ley”<sup>409</sup>, afirmamos que la aplicación de la Doctrina del levantamiento del velo societario es necesaria.

En cuanto a aquellos que rechazan la aplicación de la doctrina señalan, entre otros, que “si lo que realmente se pretende es instaurar la moralidad en las relaciones jurídicas —como dijera Llambías— la subordinación del orden jurídico al orden moral, instituciones como la buena fe, lesión subjetiva, teoría de la imprevisión, moral, buenas costumbres, son suficientemente idóneas para conseguir ese propósito, sin necesidad de echar por la borda ni el esquema lógico-conceptual de la norma ni la estimativa jurídica”<sup>410</sup>. Sin embargo, como ya lo hemos visto a lo largo de los capítulos desarrollados precedentemente,

<sup>408</sup> RUBIO CORREA, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, cit., p. 220.

<sup>409</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial. Temas societarios*, 1ª reimpr., Universidad de Lima, Lima, 2004, T. IV, p. 26.

<sup>410</sup> CONDORELLI, *El abuso del derecho*, cit., p. 157.

existe un sistema de responsabilidad jurídica: civil, penal y administrativa y también una responsabilidad extra jurídica (responsabilidad social empresarial), que no son suficientes para obtener el resultado por aplicación de la doctrina del velo societario que es quebrar el hermetismo por la autonomía patrimonial de las personas jurídicas, por el uso fraudulento de la personalidad jurídica.

A manera de complemento veremos algunas implicancias directas de esta doctrina en relación a materias y figuras jurídicas nacionales.

### **5.1. En el ámbito societario**

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

Como bien lo señala Daniel Echaiz Moreno, “el Derecho Mercantil es una disciplina jurídica especialmente permeable, porque regula las cuestiones comerciales que se nutren, más que otras, de la propia realidad; en tal sentido, la autonomía de la voluntad cobra singular importancia”<sup>411</sup>. Citando a Enrique Normand Sparks, señala que “el Derecho Mercantil no es un Derecho de sanciones, sino un Derecho de consecuencias”<sup>412</sup>. El Derecho Mercantil no puede ser sancionador, en nuestro punto de vista, por cuanto la esencia y fortaleza del comercio está en la buena fe, en las costumbres y en los usos mercantiles. Es más, creemos que esta especialidad del Derecho jamás promovería normativamente la aplicación del velo porque ello en el campo societario será una evidente inseguridad jurídica, aun cuando no niegan la necesidad de recurrir al velo en casos excepcionales.

En consecuencia, de la propia Ley General de Sociedades no podemos extraer algún supuesto que nos permita desconocer privilegios de los accionistas, cuando usando su privilegio, incurran en abuso de derecho o burlen sus obligaciones legales o contractuales. Lo que sí está previsto son supuestos puntuales en los cuales se incurre en responsabilidad, lo que podrá

---

<sup>411</sup> ECHAÍZ MORENO, Daniel, “¿Disolver o no disolver? He ahí el dilema”, en *Legal Express*, N° 53, Lima, 2005, p. 6.

<sup>412</sup> *Loc .cit.*

ser ventilado o reclamado por la vía de la responsabilidad jurídica, ya sea civil o penal. Cuando se ejerce la acción social o acción individual, consideramos que más que la reparación o el castigo a la conducta ilícita, lo que se persigue en el ámbito societario es combatir la deslealtad y evitar que se repitan tales actos a futuro que pongan en riesgo la estabilidad social.

Generalmente la institución de la responsabilidad jurídica llega a ser confundida con los efectos de la Doctrina del velo societario, ya que se entiende que procede el levantamiento del velo cuando determinados órganos societarios son responsables por los actos que prohíbe la ley societaria. Sin embargo, hay que tener bien claro y delimitar lo que es incumplimiento de los deberes o funciones propias, que pueden ser calificados como actos excesivos o simplemente “mal desempeño del cargo”<sup>413</sup>, de los actos abusivos utilizando a la sociedad anónima. Y es que “existe cierta confusión en la doctrina nacional al tratar de asimilar los supuestos de aplicación del levantamiento del velo societario o allanamiento de la personalidad, para atribuir responsabilidad de determinados órganos integrantes de la administración de una persona jurídica (por ejemplo, en el caso de sociedades anónimas, los miembros del Directorio y la gerencia) en situaciones en las que hubieren actuado en abuso del derecho o de forma defraudatoria a los intereses y derechos de terceros y/o de los propio socios. Sobre el particular, tales situaciones no responden a los supuestos, ni al ámbito de aplicación de la figura jurídica analizada, dado que la responsabilidad derivada de dichos actos se encuentra enmarcada en el incumplimiento de los deberes propios de las funciones, y no en la simulación o instrumentalización de la persona jurídica mediante el amparo de su responsabilidad limitada, principalmente porque dicha condición jurídica no beneficia en forma directa a tales miembros de la administración, sino únicamente, en el caso de las sociedades anónimas, a una persona jurídica vinculada a ella, que conduzca o domine sus actividades o a sus propios accionistas”<sup>414</sup>. Por ello, no debe haber duda que el levantamiento del velo societario, cuando procede, alcanza a los accionistas y no a los miembros del Directorio, porque los primeros son los que gozan de la prerrogativa de la

---

<sup>413</sup> Por actuación desleal o no diligente, violación de las normas legales o estatutarias, dolo, abuso de facultades, o culpa grave.

<sup>414</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, *Derecho Comercial. Temas societarios*, cit., T. IV, p. 27.

responsabilidad limitada, mientras que en los segundos sería ilimitada por la función misma.

Debemos recordar que en el ordenamiento jurídico identificamos conductas lícitas e ilícitas. Estas últimas son las que son materia de la responsabilidad civil, administrativa o penal. Por el contrario, las lícitas pueden ser abusivas o excesivas y, por lo tanto, también merecen una sanción por infringir la funcionalidad de la norma donde los “actos abusivos serían aquellos que han sido cumplidos dentro de los términos de la ley, conforme a la regla aplicable, pero con un espíritu que no es el de la institución, intrínsecamente, ultrapasando los límites objetivos de su derecho. Los actos excesivos, por el contrario, no desconocen esos límites objetivos, sino que observan los mismos pero causan un perjuicio a un tercero”<sup>415</sup>. En este último caso, como ya lo hemos visto en el desarrollo de la responsabilidad jurídica, los accionistas tienen la acción individual y también existe la acción social para reclamar la reparación por el daño causado.

En el campo penal, el Director puede ser pasivo de denuncia penal como autor de fraude contra la administración de la persona jurídica y otro supuesto es de aquel que teniendo el deber de garante no ha cumplido con el deber de vigilancia *in vigilando*, ya que se entiende que ello está implícito en su función de gestor, administrador y control empresarial; sin embargo, incluso en este tema, hay debate sobre lo que ha sido presentado en el capítulo sobre delitos de administración fraudulenta contra la sociedad anónima.

Al sector empresarial no le es ajeno el imperativo que se actúe con principios y valores, no solo intramuros sino también fuera de la sociedad, aun cuando según paradigma tradicional, los valores son irrelevantes para el sector empresarial, como lo verificamos cuando se señala lo siguiente: “Si el fundamento moral de los derechos exige un desarrollo coherente del sistema de valores en que aquellos se insertan, parece fuera de discusión que los derechos no puedan tener un tratamiento autónomo desligado de los valores, y por ende de los deberes en que se concretan estos valores. Carece de sentido la pretensión tan corriente de querer fundamentar los derechos humanos sin referirlos a los deberes morales y sin referirlos a los valores morales. La

---

<sup>415</sup> CONDORELLI, *El abuso del derecho*, cit., p. 27.

consideración autónoma de los derechos sin conectarlos con los deberes en un sistema axiológico coherente, es típica de la mentalidad moderna contractualista<sup>416</sup>.

## **5.2. En ámbito tributario**

En el capítulo sobre Responsabilidad Administrativa ya hemos presentado el tema de la elusión y evasión tributaria, donde la interposición ficticia de personas jurídicas es uno de los actos más utilizados para la elusión fiscal. Esto se logra transfiriendo patrimonios a la persona jurídica o creando la apariencia que los resultados son utilidades sociales, cuando en realidad son personales. Igualmente se han constatado situaciones en las que se oculta detrás de la sociedad a la persona receptora de los ingresos. Otra situación común es la utilización de beneficios fiscales por parte de la persona jurídica creada sólo con el fin de poder utilizar ventajas fiscales no dirigidas a la persona que en realidad es el sujeto pasivo o beneficiario de las utilidades.

Sobre el particular ya hemos adelantado nuestra posición que aun siendo la doctrina del levantamiento del velo societario una solución para combatir estas conductas, no puede admitirse que sea una facultad de la Administración sino que en todo caso, ésta podrá acudir al Poder Judicial y solicitarla, correspondiendo al Juez determinar la procedencia o no.

## **5.3. En ámbito concursal**

Es donde la doctrina del levantamiento del velo adquiere una dimensión mayor cuando se recurre vía fraude a la ley a los beneficios que puede brindar el Sistema Concursal para eludir el cumplimiento de obligaciones patrimoniales con terceros o con acreedores laborales. Y es que uno de los efectos de ingresar al sistema, es la prerrogativa de suspensión de pagos y protección patrimonial a fin de garantizar una reestructuración patrimonial o la salida ordenada del mercado. Como ya hemos visto, el Derecho penal administrativo sanciona tanto al deudor que oculte bienes, simule deudas o realice actos de

---

<sup>416</sup> ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual*, cit., p. 33.

disposición patrimonial como al acreedor que resulte beneficiado con los actos descritos anteriormente con una multa no mayor de cien Unidades Impositivas Tributarias. Sin embargo, ello no pasa de ser una sanción administrativa, que no lleva al resultado del levantamiento del velo societario.

Uno de los efectos más severos de la Ley concursal es la posibilidad de acordar el embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores. El juez puede acordarlo cuando exista fundada posibilidad de que el concursado se califique como culpable y siempre que la masa activa de la sociedad resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas.

En definitiva, en el supuesto en el que una sociedad se halle infracapitalizada y desaparecida del tráfico mercantil sin haber cumplido los requisitos legalmente establecidos a tal efecto, los administradores podrán incurrir en responsabilidad frente a los acreedores.

#### **5.4. En el ámbito civil**

Para comenzar, debemos señalar que nuestro ordenamiento civil recoge el principio de buena fe como premisa y protege, en consecuencia, a quien ha actuado de buena fe.

En nuestro Código Civil en el artículo II del Título Preliminar se establece: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”. Para ello, existen toda una serie de figuras para sancionar este abuso del derecho.

Por otro lado, sin perjuicio de las normas taxativas que se refieren a la nulidad de los actos o negocios jurídicos, en el artículo V tenemos la figura de la nulidad virtual que se refiere al orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres “.

La figura de la simulación es una figura promovida por el Derecho, por lo tanto hay que descartar la idea que la simulación es ilícita. La propia norma civil ofrece solución a conflictos que se deriven de la simulación. En primer término puede ser invocada como causal de nulidad del acto simulado por una de las

partes o por terceros perjudicados. En segundo término, la solución en el artículo 194º cuando prescribe que ésta no puede ser opuesta por las partes (doctrina de los actos propios), ni por terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos.

A su vez en lo que respecta a la interpretación de los actos jurídicos, a tenor de lo previsto en el artículo 168º se hará teniendo en cuenta el principio de buena fe.

Se ha recogido las figuras del abuso de derecho y múltiples formas de nulidad y anulabilidad del acto jurídico, para los casos de lesión, fraude, excesiva onerosidad, entre otros. Es el caso que la declaración de nulidad de un acto o negocio jurídico, en cuanto se pretenda lograr un alcance restitutorio, ya sea si es invocado por una de las partes, de oficio o por el acreedor por tener interés moral y económico afecta sólo a las partes y no tendrá ningún efecto directo ni de restitución a favor del acreedor que no es parte. Vemos pues que las acciones civiles no nos permiten obtener soluciones a supuestos de uso indebido de la persona jurídica como sí lo hace la Doctrina del levantamiento del velo.

Nuestra legislación vigente no sanciona expresamente el fraude a la ley, sin embargo, sí ha previsto el fraude a los acreedores a efecto de tutelar sus derechos, cuando el deudor desaparece o disminuye su patrimonio conocido perjudicando el cobro del crédito. Así existen figuras jurídicas, a través de las cuales puede recuperar su crédito, entre los cuales tenemos a la acción pauliana y la acción oblicua o subrogatoria.

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

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

Si bien en nuestra legislación no encontramos regulado el fraude a la ley, sí lo está el fraude en los actos jurídicos y específicamente el acto jurídico en fraude de los acreedores, por cuanto su ámbito de acción es el de los actos patrimoniales. En este caso no es que haya una ley de cobertura sino lo que tenemos es un “acto jurídico de cobertura”, para evitar el cumplimiento de una obligación. Para combatir este fraude contamos con la acción pauliana prevista en nuestro Código Civil, la “que no tiene un carácter indemnizatorio sino preventivo. Su objeto no es resarcir al acreedor del daño que le ocasione el acto fraudulento del deudor, sino evitar que tal acto produzca efectos perjudiciales para el acreedor. Por lo tanto, si el daño se ha producido por no haber sido posible la revocación del acto, la acción procedente no es la pauliana sino la acción indemnizatoria que permita al acreedor resarcirse del perjuicio sufrido”<sup>417</sup>.

Es interesante destacar que no estamos ante una figura que persigue la anulación del acto jurídico, sino solamente la ineficacia respecto al acreedor, ya que el acto jurídico se ha formado válidamente y por lo tanto surte todos sus efectos.

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

### **5.5. En materia laboral**

El derecho al trabajo, en la actualidad, tiene un contenido amplio, entendido como una concesión que se otorga a la persona para determinar la

---

<sup>417</sup> “De los actos jurídicos”, en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, T. II, p. 110.

forma, lugar, modalidad de trabajo, así como la obligación del Estado de no tener injerencia sobre la libre determinación de las personas.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al trabajo tiene un contenido laboral definido, concreto y exigible: acceso (aplicación del principio de primacía de la realidad), desarrollo (derecho a la promoción o ascenso) y extinción (reposición en las relaciones ante despidos sin expresión alguna) en las relaciones laborales. Todas estas etapas del contrato laboral están comprendidas dentro de tal contenido<sup>418</sup>. Uno de los puntos laborales más complejos es el de la relación de subordinación y dependencia laboral que existen entre las personas que celebran el contrato laboral, siendo que para ello no se recurre esencialmente a la norma sino al principio de supremacía de la realidad, a efecto de lograr un equilibrio entre las fuerzas del empleador y el empleado. Así, el contrato de trabajo da origen a un vínculo obligacional entre el trabajador y el empleador, a fin de que el primero ejecute una labor como resultado de un mutuo consenso a cambio de una prestación. En estos casos la intervención del Estado, en la regulación de los contratos de trabajo, cumple una función tuitiva a fin de proteger a la parte más débil de la relación laboral.

Por otro lado, con el desarrollo de las actividades sociales, económicas y laborales se han producido nuevas formas de relaciones que no se ajustan a los parámetros de la relación de trabajo. Si bien esas nuevas formas han aumentado la flexibilidad del mercado de trabajo, también han contribuido a que no resulte clara la situación laboral de un creciente número de trabajadores, los cuales quedan excluidos del ámbito de protección normalmente asociada a una relación laboral.

En la actualidad, la tendencia de las empresas es la de operar a través de otras, hecho que va tener implicaciones para sus trabajadores internos como externos, dependientes e independientes, al menos en apariencia. Así se presentan fenómenos de encubrimiento y de situaciones objetivamente ambiguas que son susceptibles de crear una situación de desprotección de los trabajadores, derivada de la inaplicación parcial o total de la legislación laboral. Estos casos de apariencia, disfraz o encubrimiento que constituyen fraude a la

---

<sup>418</sup>TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, "Deber y derecho al trabajo.", en AA.VV., *La Constitución comentada*, tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 514.

ley, por lo general, se generan en “relaciones triangulares” y “fenómenos de encubrimiento”, en los cuales se contrata a empleados dentro de los parámetros establecidos en la legislación laboral vigente. Pero el objeto real es crear una relación aparente a fin de poder obtener algún tipo de beneficio. En estos supuestos no existe duda de la relación laboral; sin embargo, es difícil determinar quién es su verdadero empleador y cuáles son los derechos o deberes que éstos tienen respecto del empleado.

Lo singular de los supuestos de trabajo disfrazado, donde el vínculo obligacional que lo origina no es claro, es que se crea una apariencia distinta de la relación de trabajo, respecto de la que le dio origen para de este modo impedir una adecuada protección de nuestro ordenamiento al empleado y evadir de este modo sus obligaciones. En la práctica esta figura puede ser utilizada para ocultar la identidad de la empresa empleadora, por ejemplo, cuando se menciona la calidad de éste resultando ser solamente un mero intermediario que libera al empleador de sus obligaciones laborales.

Para la exigencia de cumplimiento de las obligaciones laborales, el mayor fundamento que se tiene en materia laboral es el *carácter persecutorio de los créditos laborales*. Respecto a este carácter se ha señalado que “Por la regla de la despersonalización, se deben cumplir las garantías que la ley prevé contra las alteraciones en la estructura jurídica en la propiedad de la empresa, habida cuenta que la acción laboral apunta concretamente a alcanzar a la empresa, a pesar de estar dirigida formalmente contra la persona natural o jurídica que la explota. En este contexto, el Derecho Laboral da la posibilidad de ejecutar el juicio contra terceros, extendiendo los efectos de la cosa juzgada a quien no formó parte del proceso, por el principio persecutorio de los derechos sociales.”<sup>419</sup> Consideramos que todo crédito conlleva para el acreedor un Derecho de carácter persecutorio, sin embargo éste se reconoce plenamente sólo a las obligaciones laborales, debido que a éstas además gozan de un Derecho de preferencia o prelación y tienen la calidad de irrenunciables. En casi todas las resoluciones laborales que amparan pretensiones se motiva la decisión por el principio de persecutoriedad, pero no se hace mención expresa a la doctrina del levantamiento del velo societario,

---

<sup>419</sup> Ejecutoria del Tribunal de Trabajo de La Libertad, Causa N° 009-98 del 31 de julio de 1989, En Ejecutorias de los Tribunales de Trabajo IX. p.3

como lo vemos en este ejemplo: “ Tercero: Que, la acción de persecutoriedad de los beneficios sociales reposa en el hecho que la relación laboral general una vinculación de tipo personal y además patrimonial entre el empleador y el trabajador, teniendo por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues éstos constituyen la garantía para el pago de las acreencias laborales. No se trata de identificar quien o quienes ejercen actualmente la posesión de la empresa originaria, o si hay algún vínculo familiar o personal de los terceros adquirentes con el empleador, lo que se trata es de identificar los bienes, tener la certeza que pertenecieron al empleador deudor y, eventualmente realizarlos.”<sup>420</sup> Sin embargo en el proceso seguido con el número 051-95 entre Daniel Abelardo Valdivieso Rodríguez y los co-demandados Textil San Pedro S.A. y Servicios Industriales y Comerciales S.A. SICOSA, sobre pago de beneficios sociales, pago de remuneraciones insolutas e indemnización especial por despido, tramitado ante el Juzgado Mixto de Trabajo y del Niño y del Adolescente del Cono Norte hay una decisión en la encontramos una expresa invocación a la doctrina del levantamiento del velo societario.<sup>421</sup> La demanda del actor fue declarada fundada. En primer lugar se reconoció el vínculo laboral del actor con la emplazada Textil San Pedro S. A. y se dispuso el pago de los derechos laborales. Se procede a la ejecución forzosa y se embargan bienes de la vencida (socio fundador de Milenium S.A.C.). La firma Industrial Milenium S.A.C. solicita la desafectación por carecer de vinculación con la demandada, alegando que Textil San Pedro S.A. no es propietaria de tales bienes, por haber transferido totalmente sus acciones a Empresa Rindai Financer Inc., desde el 15/05/98, lo que está inscrito en la matrícula de acciones. Al momento de trabarse el embargo Textil San Pedro S.A. ya no tenía ningún bien. Se declara improcedente la desafectación solicitada; una vez apelada, se declara nula y se ordena al Juez ejercite su facultad probatoria de oficio para esclarecer debidamente la alegada transferencia. Se emite nueva resolución en la que se señala que el derecho persecutorio del Derecho laboral no se perjudica con la transferencia del accionariado y que se tiene en cuenta el principio laboral de la despersonalización del empleador. Resolviendo la apelación del auto que

---

<sup>420</sup> Casación Nº 932-2002-Lima del 06-05-2005

<sup>421</sup> En el Anexo Nº 7 pueden leerse las resoluciones aludidas.

declara improcedente la desafectación, la Sala Superior resolvió que el patrimonio de la empresa Milenium S.A.C. que se afecta, no son las acciones sino aquellos bienes que fueron transferidos por Textil San Pedro vía aporte en propiedad para su constitución, en el Pacto Social que crea a Milenium S.A.C., considerando que en el presente caso no se advierte el elemento esencial de causa, cual es el aporte, bienes o dinero y actividad que se va ejercer, después de cinco meses de constituida la empresa Milenium, en la que Textil San Pedro aporta el 99.98 por ciento de las acciones, situación con la que se acredita el abuso de la personalidad societaria. A su vez, en su sétimo considerando invoca el amparo de la equidad y la buena fe para evitar un ejercicio antisocial de los derechos derivados de la personalidad, incurriéndose en el abuso de la responsabilidad societaria por lo que aplica expresamente el levantamiento del velo societario de Milenium S.A.C., de modo parcial y a favor del actor. En consecuencia, declararon improcedente la desafectación solicitada.

El haber recurrido a la Doctrina del levantamiento del velo societario en este caso resultó adecuado ya que haber pretendido que el actor interponga un proceso de ineficacia de acto jurídico (acción pauliana) hubiera significado una negación de tutela. En este caso el Magistrado no ha necesitado que norma alguna lo faculte a aquello que, en principio por el ejercicio de la función jurisdiccional, puede hacer. En materia laboral no se requiere tener una norma expresa que autorice al Juzgador a impartir Justicia, igual razón tiene que reconocerse para la persecución de cualquier crédito, máxime si el origen del incumplimiento está en el uso indebido de los privilegios que concede el Derecho.

### **5.6. En el arbitraje**

En este ámbito, donde se someten a arbitraje situaciones y relaciones bastante complejas, se presenta el tema de la doctrina del levantamiento del velo societario. Fernando de Trazegnies<sup>422</sup> trata el tema ampliamente y señala que un caso sería “que un grupo económico extranjero obtiene la buena pro para desarrollar una obra dentro de las fronteras de un determinado Estado y, para este efecto, utiliza una u otra de las compañías que integran el grupo,

---

<sup>422</sup> Cfr. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”, en *Ius et Veritas*, Año XIV, N° 29, Lima, [2005], p. 12.

según criterios de especialidad o de oportunidad; y sucede que el dueño de la obra puede intentar reclamar por defectos en ella contra no necesariamente aquella empresa que la ejecutó directamente y que tiene un patrimonio reducido sino sobre la más importante de las compañías de ese grupo empresarial aunque no haya participado o haya tenido una participación solo incidental en la obra. Las relaciones financieras asumen también en algunos casos formas muy complejas en las que intervienen muchas personas jurídicas de una y otra parte. Sin duda existen otros supuestos a partir de los cuales las partes pueden recurrir al convenio arbitral estatutario para demandar a otras compañías del grupo mayoritario y reclamar sobre el patrimonio social que pretenden, y que a través de un grupo de subsidiarias, les habría sido ocultado. Por ejemplo, cuando uno de los accionistas pretende burlar los derechos de preferencia en la transferencia de las acciones sociales, utilizando una tercera sociedad de su grupo económico o en las relaciones entre principales y subsidiarias. Si bien no toda subsidiaria puede ser considerada simplemente una agente de la principal, hacen que el carácter formalmente independiente de la subsidiaria se pierda, si a través de ella se pretende hacer algo que vulnera el Pacto Social. Entonces surge la pregunta si es que puede responsabilizarse a todas las compañías de un grupo económico por los actos de una de ellas o, inversamente, si una cualquiera de las compañías del grupo tiene derechos para exigir a la contraparte contractual aunque no sea ella quien firmó el contrato.

Sin duda que este tema requiere de un análisis exhaustivo y de especialidad, pero independientemente de ello debemos señalar que en primer lugar el levantamiento del velo societario en ámbito arbitral podrá ser aplicado solo si lo acuerdan las partes (considerando partes a todas aquellas que integran la relación jurídica y a las cuales les va a afectar directamente el laudo). Si es que no se ha pactado el levantamiento del velo societario, solo podrá procederse por fraude a la ley o abuso de derecho, previa petición al órgano jurisdiccional, mas no constituye una atribución del árbitro, aun cuando la Constitución Política del Perú reconozca como jurisdicción al Arbitraje y aun cuando en la práctica se le denominen “jueces particulares”.

## 6. ACERCAMIENTO NORMATIVO

Algunos proyectos legislativos, recogiendo la Doctrina del levantamiento del velo societario fueron presentados, sin embargo, al no contarse con su aprobación, sólo nos sirven de referencia. Es el caso del anteproyecto de Ley Marco del Empresariado (Proyecto de Ley N° 2745-2002/CR), en donde está previsto el fondo empresarial<sup>423</sup>. En el artículo 19° de este proyecto se establece que: “La inscripción confiere al titular del fondo empresarial beneficio de excusión sobre el resto de su patrimonio, frente a las pretensiones de sus acreedores derivadas de la actividad empresarial a que está afecto el fondo. En virtud del beneficio que antecede, los acreedores sólo podrán afectar el patrimonio personal del titular, cuando los bienes que integran el fondo resultaran insuficientes. El deudor podrá oponer el beneficio de excusión, indicando los bienes con los cuales el acreedor puede hacerse pago. Si el fondo tiene varios titulares y uno de ellos está obligado a responder con bienes personales ajenos al fondo empresarial, puede repetir frente a los otros, reclamando la restitución a prorrata de lo pagado, salvo que estos hayan limitado su responsabilidad, en cuyo caso no cabe derecho de repetición”.

Advertimos que en esta propuesta, si bien expresamente no se hace mención a la doctrina del levantamiento del velo societario, la misma se encuentra implícita al admitirse el desconocimiento de la personalidad jurídica hasta alcanzar a los titulares de la misma.

Por otro lado, tenemos la propuesta de reforma del Código Civil hecha pública en abril del 2006, a la que nos hemos referido anteriormente, que se ocupa del vigente artículo 78° que consagra la autonomía patrimonial: “Diferencia entre persona jurídica y sus miembros”.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”, y propone su modificación en la siguiente forma:

---

<sup>423</sup> El fondo empresarial es el patrimonio conformado por activos consistentes en bienes tangibles e intangibles, destinados por el empresario titular del mismo al desarrollo de una actividad empresarial, el que una vez registrado constituye y tiene la naturaleza de patrimonio autónomo destinado en exclusividad a la actividad empresarial que señala su titular, otorgando a éste el beneficio de excusión respecto del resto de su patrimonio.

**“Artículo 78.- Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad**

1. La persona jurídica es sujeto de Derecho distinto de sus miembros.
2. Ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquella ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta.
3. Si se realizaran actos abusivos o fraudulentos a través de la persona jurídica, el juez podrá, a solicitud de parte legitimada, desestimar excepcionalmente su calidad de sujeto de Derecho o disponer que no se apliquen los beneficios derivados de tales actos, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes la hayan utilizado abusiva o fraudulentamente.
4. Las pretensiones a que se refiere el párrafo 3 prescriben a los dos años de la realización del acto”.

Si bien, coincidimos con lo señalado en la exposición de motivos de esta propuesta normativa, respecto a que “Las personas jurídicas han sido concebidas para la consecución de objetivos socialmente valiosos, no para que a través de ellas se realicen actos abusivos o fraudulentos o sean un medio para infringir la ley. En tiempos que la sociedad reclama mayor transparencia es indispensable evitar que se defraude utilizando para ello la construcción formal de la persona jurídica. La elaboración de la doctrina del levantamiento el velo de la personalidad ha sido eminentemente de carácter judicial”, sin embargo nuestra discrepancia es total cuando en el texto de la norma civil se pretende establecer el Principio de la autonomía patrimonial de la persona jurídica como un principio relativo. No existen derechos absolutos, porque atendiendo al uso regular de un derecho y su funcionalidad en cada caso concreto se podrá establecer una excepción, como en el caso de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. Relativizar en el ordenamiento jurídico la autonomía patrimonial de la persona jurídica y con mayor razón de la sociedad anónima, nos parece inadecuado, ello sí es inseguridad jurídica. Como ya lo hemos expuesto, una cosa es que un principio absoluto, excepcionalmente, en la realidad se torne relativo por las circunstancias particulares y porque se está usando a la ley y al privilegio que

ésta concede con propósitos antisociales y otra negarle definitivamente una protección a la autonomía patrimonial donde lo que es relativo es precisamente la aplicación de la doctrina. “El levantamiento del velo puede considerarse como una reacción contra el excesivo formalismo de las construcciones teóricas tradicionales de la persona jurídica, pero esta reacción tiene por otra parte un valor relativo. La “relatividad” del levantamiento del velo tiene un doble significado: el levantamiento del velo estará condicionado a la concurrencia de determinados presupuestos, y también su efectividad estará sujeta al cumplimiento de una específica finalidad”<sup>424</sup>.

Por otra parte, se propone atribuir al juez una facultad normativa, como si hoy no la tuviese, cuando la misma está implícita en la función jurisdiccional. Que la Judicatura no haga uso de la doctrina del levantamiento del velo, o que por deficiencias y apego al formalismo no contemos con jurisprudencia, no es razón para proponer que sea la norma la que recuerde a la Judicatura cuáles son sus deberes y obligaciones, atribuciones y facultades.

---

<sup>424</sup> BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, cit., p. 87, citando a P. VERRUCOLI.

## POSICIÓN Y PROPUESTA

Asumiendo la posición que se presentó en el capítulo relativo a aspectos filosóficos de la “persona jurídica” que están referidos, en lo que corresponda, a la sociedad anónima, tenemos a ésta como una categoría jurídica creada por el Derecho que tiene, al igual que la “persona física”, derechos pero también deberes y obligaciones. Por lo tanto, si a este sujeto de Derecho el ordenamiento jurídico le ha concedido privilegios como la impenetrabilidad o el hermetismo patrimonial, la única manera de evitar un uso irregular y abusivo de ese privilegio, por parte de sus titulares, es el de recurrir a la doctrina del levantamiento del velo societario.

En el ordenamiento jurídico, las “normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a esta clase de personas”<sup>425</sup>. Así cabe preguntarse: ¿Acaso a la “persona física” no se le priva de la libertad, primer derecho esencial del ser humano, cuando atenta contra las normas que aseguran la convivencia social? Entonces, ¿por qué no se puede privar excepcionalmente del hermetismo a la “persona jurídica”, cuando se utiliza su forma jurídica con fines distintos por los cuales justifica su creación y existencia? ¿Por qué no podría invocarse la equidad, la buena fe y la moral, para que los accionistas de una sociedad anónima honren sus créditos, si es que se han valido del privilegio concedido por el ordenamiento jurídico a la persona jurídica, para que cumplan con sus obligaciones?.

Concluyendo, marcamos distancia de aquellas posturas que niegan absolutamente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario por considerar que dejarlo al arbitrio del Juez resultaría perjudicial y también pondría en riesgo la seguridad jurídica o la opuesta que considera, como en el caso de Daniel Echaíz Moreno, que ésta merece una regulación más específica y concreta<sup>426</sup>, señalándose expresamente los supuestos, o la posición de Walter Gutiérrez, quien precisa que pese a los principios en que se basa el

<sup>425</sup> BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, cit., p. 81.

<sup>426</sup> ECHAÍZ MORENO, Daniel, “¿Alguien sabe qué es un bloque patrimonial integrado por un fondo empresarial?”, en *Legal Express*, N° 45, Lima, 2004.

moderno Derecho societario en la limitación de la responsabilidad, existen circunstancias que pueden justificar que la responsabilidad alcance a sus miembros de la sociedad, que sin embargo el tema no está exento de complicaciones, una legislación excesivamente genérica, complicada y combinada con jueces que no conocen el tema, podría ser en extremo perjudicial para la seguridad jurídica y podría incluso desincentivar la actividad empresarial<sup>427</sup>. Nuestra posición, como ya ha sido expuesto, es afirmar y precisar que es necesaria la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario en casos excepcionales y cuando con las normas legales ya existentes no se pueda alcanzar el resultado que se obtiene por la doctrina. No es necesario regular expresamente los supuestos, porque con ello tendríamos una norma *numerus clausus*, imponiéndonos un límite ante la diversidad de supuestos que podrían presentarse en la realidad, impidiendo que se imparta Justicia.

Es indudable que es una atribución del Juez, al igual que en otras partes del mundo, recurrir a la doctrina, como atribución de su función jurisdiccional. Para ejercer sus facultades no es necesario que haya una norma que se lo recuerde o señale: “Al hacerlo de este modo, el juez, lejos de apartarse de su deber de obediencia al orden jurídico positivo, da a este deber su más perfecto cumplimiento”<sup>428</sup>.

Y es que el concepto “jurisdicción” se encuentra regulado por dos clases de facultades: las primeras relativas a la decisión y ejecución que se refieren al acto mismo; y las segundas concernientes a la coerción y documentación que, de un lado, tienden a remover los obstáculos que se oponen a su cabal ejercicio, y de otro, a acreditar de manera fehaciente la realización de los actos jurisdiccionales, otorgándoles permanencia, así como una fijación indubitable en el tiempo, es decir, el modo y forma en que se desarrollan<sup>429</sup>. Remover los obstáculos que se oponen al cabal cumplimiento de la función jurisdiccional cuando se decide el Derecho o se resuelve un conflicto de intereses para mantener la paz social, es poner fin al fraude a la ley y al abuso del derecho.

---

<sup>427</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, “El levantamiento del velo societario (II)”. en *Gestión*, Lima, 23 de agosto de 1998.

<sup>428</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, “Equidad”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1982, T. X, p. 432.

<sup>429</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 0023-2003-AI del 09/06/04, F.J. 13.

“El Derecho no puede obviar la realidad que lo rodea. Por ello, en una sociedad donde se necesita entronizar valores como la lealtad, la justicia, los deberes éticos, el orden jurídico no debe permanecer ajeno. Sancionar los comportamientos fraudulentos, castigar al litigante malicioso, es también una forma de hacer justicia. El magistrado no puede permanecer pasivo a ello, sino que debe utilizar su poder para corregir cualquier exceso, demostrando de esa forma a la comunidad que por encima de los intereses individuales está el de mantenimiento de la paz y convivencia social”<sup>430</sup>.

La doctrina es plenamente válida, como fuente de Derecho y por lo tanto el magistrado tiene la prerrogativa de aplicarla, si con ello castiga conductas antisociales que abusan de los privilegios que el propio ordenamiento ha concedido.

No es argumento ni de la Judicatura ni de los detractores de la doctrina que no puede desconocerse la autonomía patrimonial de la persona jurídica, porque no hay norma que lo permita, negar esta atribución al Juez atenta contra la seguridad jurídica, sino ¿cómo es que en materia laboral se aplica la doctrina del levantamiento del velo societario aún cuando la invocación es al principio de persecución de los créditos laborales?

La discrecionalidad forma parte de la función jurisdiccional y está garantizada por la Constitución política del Perú por el principio de independencia judicial. Todo ello está amparado en la independencia judicial que “debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional”<sup>431</sup>, siendo la exigencia primordial que se fundamente y motiven las decisiones.

Es muy importante precisar y destacar que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo no debilita el régimen de la sociedad anónima, por el contrario su efecto será el de fortalecerla y de desvirtuar que sea usada como excusa para cuestionar el concepto de la “persona jurídica”. El fin es el de reafirmar la personalidad del ente social y no extinguirlo, evitando el uso

---

<sup>430</sup> GOZAÍNI, *Temeridad y malicia en el proceso*, cit., p. 46.

<sup>431</sup> Sentencia Tribunal Constitucional N° 0023-2003-AI/TC 09/06/04, F.J. 28.

indebido o el abuso de su forma, desacreditando relaciones o poniendo de relieve fines contrarios a los queridos por el Derecho.

Concluimos este trabajo afirmando que “Como es notorio, la teoría que propugna la erradicación del ejercicio abusivo de los derechos, traduce un revisionismo en la concepción de los valores que cimentan e impregnan el acontecer de la vida del Derecho”<sup>432</sup>, y los antivalores o supuestos no tienen porqué estar señalados expresamente en una norma jurídica, éstos los iremos identificando a través de la Jurisprudencia que produzca, con capacidad, integridad y honradez, la Magistratura. Esta es nuestra propuesta, simplemente, impartir Justicia y hacer Derecho según el mandato constitucional.

---

<sup>432</sup> CONDORELLI, *El abuso del derecho*, cit., p. 12.

**ANEXO N° 1**

EXP. N° 0905-2001-AA/TC /SAN MARTÍN

CAJA RURAL DE AHORRO Y CRÉDITO DE SAN MARTIN

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los catorce días del mes de agosto de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

**ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas ciento cuarenta y cuatro, su fecha veintidós de junio de dos mil uno, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

**ANTECEDENTES**

La recurrente con fecha veintiséis de enero de dos mil uno, interpone acción de amparo contra la empresa Comunicación y Servicios S.R.Ltda., propietaria de la emisora Radio Imagen, y contra los periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando García Moncada, a fin de que se abstengan de difundir noticias inexactas, pues afectan los derechos a la banca, la garantía del ahorro, la libre contratación, y la estabilidad de los trabajadores de la entidad financiera.

Afirma que los demandados vienen difundiendo, a través de la emisora radial, falsas informaciones consistentes en que el dueño de la Caja Rural es el señor José Luis Venero Garrido, hermano de Víctor Alberto Venero Garrido, testaferro de Vladimiro Montesinos Torres, y que existe una relación entre la recurrente y el señor Manuel Tafur Ruiz, quien ha sido relacionado en un vídeo con Vladimiro Montesinos y José Luis Venero. Indica que estas informaciones inexactas y tendenciosas han venido produciendo pánico financiero en la población, ocasionando el retiro masivo de los depósitos de la institución financiera.

Los emplazados, luego de manifestar que la demandante, como persona jurídica, no tiene derechos humanos, sostienen que tales informaciones se divulgaron en ejercicio de las libertades de información, opinión, expresión y difusión, reconocidos en el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución. Afirman, además, que se limitaron a informar lo que en un vídeo difundido en el Congreso de la República se observa; esto es, a José Luis Venero Garrido, entregando un fajo de billetes para sobornar al congresista Ernesto Gamarra, y señalar que Manuel Tafur Ruiz tiene estrecha vinculación con la demandante por formar parte de su Directorio. Aducen que estas informaciones son sólo eco de aquéllas que vienen siendo difundidas por todos los medios de comunicación, razón por la que, pretender callarlos, constituye un despropósito que no tiene sustento legal.

El Juzgado Mixto de San Martín-Tarapoto con fecha 15 de febrero de 2001, declaró fundada la demanda por considerar que, de acuerdo con el cassette gravado, las fotografías y el vídeo que acompañan a la demanda, han quedado corroboradas tanto las informaciones vertidas por los emplazados como las consecuencias que éstas han generado, esto es, el retiro masivo de los ahorros en la Caja Rural demandante, sin que los demandados hayan ofrecido medio probatorio alguno que demuestre que aquellas informaciones sean sólo eco de las difundidas por la prensa limeña.

La recurrida, revocando la apelada, declaró improcedente la acción de amparo, por considerar que ni el "derecho a la banca" ni la garantía de ahorro son derechos fundamentales, y que la demandada actuó al amparo de las libertades contenidas en el inciso 4) artículo 2º de la Constitución, que no admiten autorización previa, censura o impedimento alguno del ejercicio de la libertad de información. Asimismo, se afirma que, conforme se acredita a fojas ciento treinta y nueve, el demandante ha optado por recurrir a la vía judicial ordinaria, razón por la que es de aplicación lo previsto en el inciso 4) del artículo 6º de la Ley N° 23506.

## FUNDAMENTOS

### **Amparo y vía paralela**

1. La recurrida desestimó la pretensión, entre otras razones, por considerar que en el caso era de aplicación el inciso 4) del artículo 6º de la Ley N° 23506, toda vez que tras la denuncia que la recurrente interpusiera, se abrió un proceso penal contra los emplazados en sede ordinaria.

Sobre el particular, el Tribunal debe destacar que el supuesto de improcedencia regulado por el inciso 4) del artículo 6º de la Ley N° 23506 se presenta sólo si, a través del uso de aquella vía ordinaria, es posible alcanzar igual propósito que el que se pretende mediante la interposición del amparo. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que la causal de improcedencia regulada en el inciso 4) del artículo 6º de la Ley N° 23506 sólo opera cuando el proceso ordinario sea seguido entre las mismas partes, exista identidad de hechos y se persiga el mismo tipo de protección idónea y eficaz que el amparo.

En el caso, según se corrobora de autos, la recurrente denunció penalmente a los emplazados Hildebrando García Moncada y Ramón Alfonso Amaringo Gonzales como presuntos autores del delito contra el orden financiero y monetario. En consecuencia, además de no existir identidad entre los encausados en el proceso penal aludido y los emplazados en la presente acción de garantía, entre ambos procesos tampoco existe el mismo objeto, pues mientras que en el primero se busca determinar la eventual responsabilidad penal de los inculpados e imponer, de ser el caso, la correspondiente sanción penal; en el segundo, esto es, en el amparo, se persigue tutelar derechos constitucionales y, de ser el caso, reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho.

Por todo ello, el Tribunal juzga que no es aplicable al presente caso la causal de improcedencia invocada por la recurrida para desestimar la pretensión.

## Determinación del objeto del proceso

2. El Tribunal entiende que hay una cuestión previa sobre la que debe detenerse a fin de evaluar correctamente el sentido de la pretensión. La demandante, en efecto, ha señalado que el objeto de su pretensión es que los demandados se abstengan de seguir difundiendo noticias inexactas, pues ello agravia sus derechos constitucionales a la banca, garantía del ahorro, libre contratación y estabilidad en el empleo de sus trabajadores.

Por ello, independientemente de que, como bien ha afirmado la recurrida, los denominados "derechos a la banca y a la garantía del ahorro" no constituyan derechos constitucionales, ni que, en caso de tener la naturaleza de derechos subjetivos, puedan ser susceptibles de protección mediante el amparo, a juicio de este Tribunal, la posibilidad de que los demás derechos alegados puedan ser objeto de algún tipo de lesión, no es consecuencia de que los emplazados hayan difundido noticias inexactas, sino, fundamentalmente, de que se comprometió la credibilidad y la buena reputación. En efecto, por sí misma, la difusión de informaciones no ha generado todos los problemas que se detallan en la demanda, sino el descrédito del que ha sido objeto ante terceros. Es pues, el derecho a la buena reputación, aunque formalmente no haya sido invocado, el que en realidad podría resultar lesionado *prima facie*, y sobre el que, naturalmente, este Tribunal se detendrá a analizar.

## El contradictorio en el amparo y el principio de congruencia de las sentencias. Los efectos singulares de la aplicación del *iura novit curia* en el proceso constitucional

3. La formulación en estos términos del objeto del proceso, como es obvio, supone que previamente este Tribunal analice si tal modificación de la pretensión, en la manera como se ha expuesto en el anterior fundamento, afecta o no el contradictorio del amparo y, por extensión, el principio de congruencia de las sentencias. Estos aspectos son tópicos que deben resolverse antes de brindar una respuesta a las siguientes interrogantes: ¿tienen las personas jurídicas derechos fundamentales?; si lo tuvieran, ¿titularizan el derecho a la buena reputación?
4. Por lo que respecta al principio de congruencia de las sentencias o, a su turno, a la necesidad de que se respete el contradictorio, el Tribunal Constitucional considera que no resultan afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un Derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del principio *iura novit curia* en el proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el Derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del Derecho subjetivo reconocido en aquel.

Y ello es así, pues sucede que el Derecho subjetivo constitucional está, a su vez, reconocido en una norma constitucional, norma ésta, como la del inciso 7) del artículo 2º de la Constitución, que es indisponible para el Juez Constitucional y que, en consecuencia, aunque no haya sido invocada, debe aplicarse. Además, no puede olvidarse que el contradictorio en el amparo, por lo general, no se expresa de manera similar a lo que sucede en cualquier otro ámbito del Derecho procesal, en particular, si se tiene en cuenta la posición y el significado de la participación de las partes (sobre todo, la demandada) en el presente proceso; de manera que la comprensión y respeto del contradictorio

en el amparo ha de entenderse, no conforme a lo que se entiende por él en cualquier otro proceso, sino en función de las características muy particulares del proceso constitucional.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional es competente para analizar la controversia en los términos indicados.

### **Titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas**

5. Ahora bien, conforme se ha expuesto en el último párrafo del fundamento N° 2, el primer tema que ha de esclarecerse es el relativo a la titularidad o no de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas. En ese sentido, opina el Tribunal que el reconocimiento de los diversos derechos constitucionales es, en principio, a favor de las personas naturales. Por extensión, considera que también las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias.

Tal titularidad de los derechos por las personas jurídicas de derecho privado se desprende implícitamente del artículo 2º, inciso 17), de nuestra Carta Fundamental, pues mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Este derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es, a su vez, una garantía institucional, en la medida en que promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada, por lo que aquí interesa destacar.

En ese sentido, entiende el Tribunal que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de éstos últimos se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación –entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles– y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección.

Sin embargo, no sólo de manera indirecta las personas jurídicas de derecho privado pueden titularizar diversos derechos fundamentales. También lo pueden hacer de manera directa. En dicho caso, tal titularidad no obedece al hecho de que actúen en sustitución de sus miembros, sino en cuanto a sí mismas y, naturalmente, en la medida en que les sean extendibles.

Por tanto, considera el Tribunal, que la ausencia de una cláusula, como la del artículo 3º de la Constitución de 1979, no debe interpretarse en el sentido de negar que las personas jurídicas puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales o, acaso, que no puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales y, entre ellos, el amparo.

Esta es la situación de la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín, que es una persona jurídica de derecho privado, constituida bajo la modalidad de sociedad anónima abierta.

### **Titularidad del derecho a la buena reputación por las personas jurídicas de derecho privado**

6. Ahora bien, que se haya afirmado que el reconocimiento de los derechos constitucionales se extiende al caso de las personas jurídicas de derecho privado no quiere decir que ellos puedan titularizar "todos" los derechos que la Constitución enuncia, pues hay algunos que, por su naturaleza estrictamente personalista, sólo son susceptibles de titularizar por las personas naturales. La cuestión, por tanto, es la siguiente: ¿Titularizan las personas jurídicas de derecho privado el derecho a la buena reputación?

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar que el fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de las muchas maneras como aquélla se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento (y la posibilidad de tutela jurisdiccional) está directamente vinculado con el ser humano.

7. Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste 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 consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo.

### **Libertad de información y expresión**

8. Pues bien, aunque es legítimo que mediante el amparo se pueda incoar la protección del derecho a la buena reputación por personas jurídicas de derecho privado, en el caso de autos, tal tutela ha de analizarse; por un lado, de cara a la alegación efectuada por los demandados, según los cuales la divulgación de los hechos noticiosos considerados como lesivos lo hicieron en ejercicio de las libertades de información y expresión reconocida en el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución; y, por otro, frente a los términos con que la pretensión se ha planteado, que no es otra que ordenar que los demandados se abstengan de seguir difundiendo cierto tipo de información que se ha considerado como lesiva.
9. El inciso 4) del artículo 2º de la Constitución reconoce las libertades de expresión e información. Aun cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso 4) del artículo 2º de la Constitución las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto.

Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en

cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente.

Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la *difusión* del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser.

### **Contenido de la libertad de información: La información veraz**

10. De allí que, aunque la Constitución no especifique el tipo de información que se protege, el Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz. Desde luego que, desde una perspectiva constitucional, la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes. "La verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata, pues, de la misma sustancia de la noticia, de su constitutivo. Por ello es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad substancial de los hechos" (Javier Cremades, "La exigencia de veracidad como límite del derecho a la información", en AA.VV. *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruíz Rico*, T. I, Madrid 1999, pág. 599).
11. Las dimensiones de la libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el Derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el Derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información. b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública.
12. Por cuanto se tratan de libertades –la de información y la de expresión– que se derivan del principio de dignidad de la persona, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen una doble vertiente. En primer lugar, una dimensión individual, pues se trata de un derecho que protege de que "[...] nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento" o de difundir hechos informativos. Pero, al mismo tiempo, ambas presentan una inevitable dimensión colectiva, ya que garantiza el

derecho de *todas* las personas a "recibir cualquier información y (a) conocer la expresión del pensamiento ajeno" a fin de formarse una opinión propia.

13. Sin embargo, ellas no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública. Desde esa perspectiva, ambas libertades "tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad" (Erns Wolfgang Böckenforde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid 2000, pág. 67); o, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. (OC 5/85, de 13 de noviembre de 1985, Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70).

Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública.

14. Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales. Lo anterior no implica que ambas libertades tengan que considerarse como absolutas, esto es, no sujetas a límites o que sus excesos no sean sancionables. Con anterioridad, este mismo Tribunal Constitucional ha señalado que, con carácter general, todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio. Pero, cuando ello se haga, tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo.

#### **Prohibición de impedimento, censura previa o autorización al ejercicio de la libertad de información**

15. Así las cosas, el Tribunal Constitucional considera que, sólo en apariencia, en el caso de autos se presenta un conflicto entre dos derechos constitucionales (el derecho a la buena reputación y las libertades informativas) que debe ser resuelto conforme a la técnica de la ponderación de bienes, derechos e intereses constitucionalmente protegidos, esto es, aquella según la cual ha de prestarse una más intensa tutela a la libertad de información si, en el caso, la información propalada tiene significación pública, no se sustenta en expresiones desmedidas o lesivas a la dignidad de las personas o, pese a ser

falsa, sin embargo, ésta no se ha propalado animada por objetivos ilícitos o socialmente incorrectos del informante.

Sostiene el Tribunal Constitucional que, en el presente caso, se trata de una apariencia de conflicto entre dos derechos constitucionales susceptible de ser medido bajo aquel *test* al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, pues, conforme se desprende del artículo 2º, inciso 4), de la Constitución vigente, cuando, como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgreden otros derechos constitucionales, como los derechos al honor o a la buena reputación, su tutela no puede significar que, con carácter preventivo, se impida a que un medio de comunicación social, cualquiera que sea su naturaleza, pueda propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría vaciar de contenido a la cláusula que prohíbe la censura previa, la que proscribiera el impedimento del ejercicio de tales libertades y, con ellos, la condición de garantía institucional de las libertades informativas como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo.

Desde luego, lo anterior no significa que los derechos al honor o a la buena reputación, mediante estas libertades, queden desprotegidos o en un absoluto estado de indefensión, pues, en tales casos, el propio ordenamiento constitucional ha previsto que sus mecanismos de control tengan que actuar en forma reparadora, mediante los diversos procesos que allí se tienen previstos. Tal criterio, a su vez, es el mismo que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención". "El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido" (OC-5/85, citada, párrafo. 38 y 39, respectivamente).

Por todo ello, considera el Tribunal Constitucional que la pretensión formulada por la demandante, en el sentido de que se expida una orden judicial en virtud de la cual se impida que los emplazados puedan seguir difundiendo hechos noticiosos, es incompatible con el mandato constitucional que prohíbe que se pueda establecer, al ejercicio de la libertad de información y expresión, censura o impedimento alguno. En consecuencia, considera que la pretensión debe desestimarse, dejándose a salvo el derecho de la recurrente para que, de ser el caso, ejerza su derecho de rectificación o, en su momento, haga valer sus derechos en la vía civil o penal, conforme a ley.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución política del Perú y su Ley Orgánica,

**FALLA**

CONFIRMANDO la recurrida, que, revocando la apelada, declaró IMPROCEDENTE la acción de amparo. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGROYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

**ANEXO Nº 2****CAS. Nº 3127-98-LIMA**

Lima, tres de junio de mil novecientos noventa y nueve.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; en la causa vista en Audiencia Pública del dos de junio del presente año, emite la siguiente sentencia: MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por la Empresa de Transportes Magdalena – San Miguel Sociedad Anónima (EMTRAMSMA) contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos setenta y siete, su fecha catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, que confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada de fojas cuatrocientos cuarenta y seis, su fecha veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, declara infundadas las tachas propuestas por la parte demandada y fundada en parte la demanda de fojas veintiséis, ordenando que la empresa demandada pague a la empresa de Transportes y Turismo Santa Anita, la suma de diez mil nuevos soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios, más intereses, con lo demás que contiene. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que la Sala por resolución de doce de enero de mil novecientos noventa y nueve ha estimado procedente el recurso por las causales de inaplicación de una norma de derecho material contenida en el inciso primero del artículo mil novecientos setenta y uno del Código Civil [1], señalando que hay inexistencia de responsabilidad, basado que en la sentencia de mérito ha considerado que la recurrente contaba con autorización municipal para circular con la franja de colores o logotipo distintivo de su empresa y, por ello esta última estima que su conducta estaba encuadrada dentro del marco jurídico; y la contravención de las normas que garantizan en derecho a un debido proceso, sustentada en el hecho de que la Sala no ha especificado el tipo de conducta de la recurrente (dolosa y culposa) lo cual hace que la sentencia devenga en deficiente, afectando con ello el debido proceso así como las normas contenidas en los artículos ciento veintidós inciso tercero del Código Procesal Civil [2], veintidós de la Ley Orgánica del Poder Judicial [3] y ciento treinta y nueve inciso quinto de la Constitución política del Perú [4]. CONSIDERANDO: Primero.- Que, atendiendo a sus efectos es necesario comenzar con el análisis de las denuncias relativas a vicios *in procedendo*. Segundo.- Que constituye un deber del Juzgador incorporar a sus decisiones los fundamentos de Derecho de acuerdo con los cuales resuelve la controversia, dicha tarea también constituye una garantía constitucional que integra el debido proceso y que se funda en el principio de motivación y fundamentación de los fallos judiciales. Tercero.- Que, es de apreciarse de la sentencia de vista impugnada, que la misma ha cumplido con exponer las consideraciones que fundamentan la subsunción de los hechos en los supuestos hipotéticos de las normas jurídicas que fueron aplicadas. Cuarto.- Que se entiende por inaplicación de una norma de Derecho material cuando el juez deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar y que, de haberlo hecho, habrían determinado que las decisiones adoptadas en la sentencia fuesen diferentes de las acogidas. Quinto.- Que la presente controversia sobre indemnización se encuentra sujeta a los efectos de la responsabilidad extracontractual [5], aquella que resulta exigible por daños y perjuicios por acto de otro y sin nexo contractual, que implica culpa o dolo en el responsable. Sexto.- Que la recurrente señala que el Colegiado ha inaplicado el inciso primero del artículo ciento noventa y uno del Código Civil [6], al considerar que contaban con autorización municipal para circular con dicha franja de colores, reconociendo que la conducta de la demandada estuvo encuadrada dentro del marco jurídico, por lo tanto, su conducta estuvo basada

en el ejercicio regular de un derecho [7]. Sétimo.- Que, si bien es cierto que la autoridad edil autorizó el uso por parte de la empresa demandada de la misma ruta utilizada por la empresa actora, la primera, ha utilizado colores distintivos similares a los que usa la segunda, los cuales han sido registrados ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI- y, habiéndose probado que la Empresa actora siguió un procedimiento para que cesen estos actos violatorios de la propiedad intelectual, y siendo notificada la empresa demandada por el INDECOPI para que se abstengan de seguir utilizando dicho logotipo o distintivo (franja de colores) la Empresa de Transportes Magdalena – San Miguel Sociedad Anónima no se abstuvo de hacerlo, creando con esta actitud confusión en el público usuario que utiliza dicho servicio de las unidades vehiculares de la demandante, ocasionándose daño susceptible de ser indemnizado, razones por las cuales dicha conducta no amerita el empleo de la exención de responsabilidad contenida en el inciso primero del artículo mil novecientos setenta y uno del Código Civil, en consecuencia, la norma invocada no es aplicable. SENTENCIA: Estando a las consideraciones expuestas, declararon INFUNDADO el recurso de casación [8] interpuesto por la Empresa de Transportes Magdalena San Miguel Sociedad Anónima, en consecuencia, NO CASAR la sentencia de vista de fojas cuatrocientos setenta y siete, su fecha catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho; CONDENARON a la recurrente al pago de la multa de dos unidades de referencia procesal, así como el pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso; en los seguidos por Empresa de Transportes y Turismo Santa Anita Sociedad Anónima, sobre indemnización; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron.

SS. PANTOJA; IBERICO; RONCALLA; OVIEDO DE A.; CELIS

**ANEXO Nº 3****TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL****Sala de Defensa de la Competencia****RESOLUCION Nº 1091-2005/TDC-INDECOPI****EXPEDIENTE Nº 104-2004/CCD**

**PROCEDENCIA** : COMISION DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA  
 SESLEAL (LA COMSION)  
**DENUNCIANTE** : BEMBOS S.A.C (BEMBOS)  
**DENUNCIADO** : RENZO'S POLLERIA RESTAURANT SNACK S.R.L  
 (RENZOS)  
**MATERIA** : COMPETENCIA DESLEAL CONFUSION  
 EXPLOTACION DE LA REPUTACION AJENA  
 GRADUACION DE LA SANCION PRECEDENTE DE  
 OBSERVACIA OBLIGATORIA COSTAS Y COSTOS  
**ACTIVIDAD** : RESTARUANTES BARES Y CANTINAS

**SUMILLA:** En el procedimiento seguido por Bembos S.A.C. Contra Renzo's Pollería Restaurant Snacks S.R.L. por actos de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena, la Sala ha resuelto confirmar la Resolución Nº 030-2005/CCD-INDECOPI, emitida el 07 de marzo de 2005 por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, en los extremos apelados en que declaró fundada la denuncia contra Renzo's Pollería Restaurant Snacks S.R.L. y las medidas complementarias ordenadas.

Asimismo, se confirma dicha resolución en el extremo en que aprobó, como precedente de observancia obligatoria, los alcances del artículo 4º del Decreto Ley Nº 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, relativo a los límites de la libertad de imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas así como las distintas modalidades del acto de confusión previsto en el artículo 8º de la referida Ley, y los criterios para determinar su configuración.

SANCION: Amonestación

Lima, 5 de octubre de 2005

**I. ANTECEDENTES**

El 20 de agosto de 2004, Bembos denunció a Renzos por competencia desleal en la modalidad de actos de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena, debido a que el local de esta última, ubicado en el distrito de San Juan de Miraflores contaba con una estructura casi idéntica a los locales de Bembos, empleando los colores rojo, amarillo y azul en las combinaciones distintivas de éstos, así como las mismas figuras geométricas en mayólicas ubicadas en la parte inferior de las paredes externas y, ventanas circulares y rectangulares con la misma disposición. Agregó que las similitudes no se restringían al aspecto exterior del local, sino que incluían el mismo diseño de interiores, específicamente, la disposición y color de mobiliario, luminaria, pisos y decoración en general.

Bembos señaló que su estética arquitectónica no podía ser considerada parte de una

moda actual a fin de justificar la libre imitación por parte de la denunciada, la cual pretendía aprovechar la reputación de Bombos en el mercado de comida rápida, construida por más de 15 años.

Mediante Resolución N° 1 la Comisión admitió a trámite la denuncia y dispuso la realización de una inspección al local de la denunciada. Posteriormente, mediante Resolución N° 3 se ordenó, en calidad de medida cautelar, el cierre temporal del local de Renzos en tanto presentará, en su aspecto interno y externo, elementos que pudieran generar confusión en los consumidores sobre su origen empresarial con respecto a los locales de Bombos.

En sus descargos, Renzos señaló que no competía en el mercado de comida rápida de Bombos, no sólo por la diferencia de prestaciones y los términos de atención al público, sino también por los distintos segmentos a los que se dirigían; a diferencia de Renzos, Bombos se ubicaba en distritos de condición económica media y alta, todo lo cual incidía en la capacidad de diferenciación de los consumidores que era relevante para determinar la existencia o no de riesgo de confusión, directa o indirecta.

En este sentido, precisó que el diseño de su local respondía a una tendencia moderna y actual en el que primaban los colores fuertes para captar la atención del público, siendo legítimo la imitación de iniciativas empresariales en la medida que no afecten derechos de exclusividad ni obstaculicen la permanencia de los competidores en el mercado, remarcando que Bombos no poseía derechos de exclusividad sobre los colores empleados.

En este extremo, precisó que su local contaba con elementos que lo distinguían de los de Bombos, tales como una cascada en la parte central, un horno empotrado, una pantalla gigante, un bar para la exhibición de licores, entre otros, además de carecer de los acabados exclusivos de Bombos. Respecto a la ubicación del mobiliario señaló que coloca las mesas al lado de las ventanas era habitual en este tipo de negocios.

Posteriormente, el 26 y el 29 de octubre de 2004, Renzos informó a la Comisión que las fotografías presentadas por Bombos para sustentar los presuntos actos de competencia desleal sólo correspondían a uno de sus locales, respecto del cual se había destacado el área lateral que poseía una estructura rectangular similar a la de Renzos, y no el frontis con los aleros triangulares característicos de sus locales. Sin perjuicio de ello, informó que había procedido a variar sus colores, incluyendo el verde y el anaranjado, en cumplimiento de la medida cautelar ordenada, adjuntando nuevas fotografías para acreditar dichos cambios.

El 8 y el 29 de noviembre de 2004, la Comisión y la Unidad de Fiscalización del Indecopi efectuaron diligencias de inspección a los locales de ambas partes, a efecto de verificar los cambios señalados por Renzos y las presuntas similitudes con los establecimientos de Bombos.

El 25 de noviembre de 2004, Renzos formuló una observación contra el Informe N° 124-2004-FYE/AFI correspondiente a la Inspección efectuada en sus Instalaciones, por considerar que el funcionario a cargo de la diligencia emitió valoraciones subjetivas sobre la similitud con el local de la denunciante y no se limitó a registrar los elementos observados en su local. Asimismo, señaló que existía un trato discriminatorio ya que sólo se filmó su establecimiento, en tanto que a la denunciante le bastaba presentar fotografías para acreditar los elementos internos y externos de sus locales.

El 7 de marzo de 2005, mediante la Resolución N° 030. 2005/CCD-INDECOPI, la Comisión calificó como tacha la observación formulada por Renzos declarándola Inadmisibles, asimismo declaró fundada la denuncia contra Renzos por actos de competencia desleal en las modalidades de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena, previstas en los artículos 8° y 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, sancionándola con una multa de 5 UIT y prohibiéndole, en calidad de medida complementaria, que presente - tanto en el aspecto Interno como externo del establecimiento denunciado o cualquier otro bajo su conducción, elementos que puedan generar confusión en los consumidores sobre su origen

empresarial o. un riesgo de asociación respecto a los establecimientos de Bombos o. finalmente, una explotación indebida de la reputación de ésta última en el mercado.

La Comisión estableció un precedente de observancia obligatoria sobre los límites del derecho a la libre imitación de iniciativas empresariales, previsto en el artículo 4º de la ley sobre Represión de la Competencia Desleal, entre ellos, el deber de diferenciación que, en observancia de la buena fe comercial, obliga a evitar imitaciones susceptibles de generar la confusión prevista en el artículo 8º de la Ley, en cualquiera de sus modalidades: directa, indirecta o en vía de asociación, asimismo estableció criterios a tener en cuenta para determinar cuando se produce un acto de confusión.

El 20 de abril de 2005, Renzos apeló la Resolución N° 030-2005/CCD-INDECOPI, reiterando los argumentos señalados en sus descargos. Asimismo, destacó que el Informe N9 124-2004-FYE/AFI en el que ésta se sustentaba, no incluyó los elementos que diferenciaban su local de los de Bombos.

El 17 de mayo de 2005, el Expediente fue elevado a la Sala. El 4 de agosto de 2005, Renzos solicitó el uso de la palabra, el Informe oral tuvo lugar con la presencia de ambas partes el 5 de octubre de 2005.

## **II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN**

- (i) Determinar si Renzos incurrió en actos de competencia desleal en las modalidades de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena contra Bombos tomando en cuenta la similitud existente entre el aspecto interno y externo de su local con los establecimientos de la denunciante y. de ser el caso;
- (ii) Si corresponde confirmar el precedente de observancia obligatoria establecido por la Resolución N° 03Q-2005/CCD-INDECOPI, que interpretó los alcances del artículo 4º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal relativo a 105 límites del derecho a la libre imitación de iniciativas empresariales así como las modalidades de confusión previstas en el artículo 8º.

## **III. ANALISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN**

### **III.1. Sobre los actos de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena**

De acuerdo al artículo 6º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas, constituye un acto ilícito y prohibido.

En este sentido, la Ley califica en su artículo 8º, como acto de competencia desleal a toda conducta destinada a crear confusión o un riesgo de confusión en los consumidores, respecto a la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. En términos similares, establece en su artículo 14º que la explotación de la reputación ajena es un acto de competencia desleal, definiéndola como el aprovechamiento indebido, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado, mediante el empleo de los medios de Identificación asociados a él.

Las normas de represión de la competencia desleal se orientan a garantizar la buena fe comercial y la lealtad competitiva sancionando los actos contrarios a ellas. Así la persecución de los actos de confusión y de aprovechamiento de la reputación ajena, busca que la competencia se desarrolle por la eficiencia o las propias prestaciones de los competidores, sancionando las conduelas de aquellos agentes económicos que indebidamente asimilen o intenten asimilar para sí la posición ganada en el mercado por otros competidores.

En el presente caso, la Resolución N° 030-2005fCCDINDECOPI declaró fundada la denuncia de Bombos contra Renzos por actos de confusión y aprovechamiento de la

reputación ajena, considerando, respecto a la confusión que, aun cuando los métodos de atención de ambas partes y el segmento del mercado al que se dirigían, resultaban suficientes para evitar que los consumidores asumieran que las prestaciones de Renzos correspondían a las de Bambos, es lo es, impedían una confusión directa sobre tales prestaciones, si existan elementos similares - sobre el diseño y disposición de colores e instalaciones empleados por la denunciada - suficientes para generar una confusión indirecta o una asociación con Bambos. Ello, toda vez que en función a dichas similitudes un consumidor podía asumir que aun cuando se tratase de servicios distintos correspondían a un mismo proveedor o, a proveedores distintos pero asociados.

En su apelación, Renzos señaló que la Comisión no tomó en cuenta los elementos diferenciadores señalados en sus descargos, reiterando las observaciones formuladas al Informe N° 121-2004-FYE/AFI. Asimismo, agregó que sin prueba alguna se tuvo por cierta la afirmación de Bambos sobre su presencia en el mercado de comida rápida (15 años) y que no se consideró que los segmentos del mercado en que competían eran distintos al igual que sus prestaciones.

Contrariamente a lo señalado por Renzos, la resolución recurrida si consideró los elementos diferenciadores citados en su apelación, tales como los métodos de atención al público, el nivel socioeconómico al que se dirigían sus servicios y la existencia de elementos decorativos propios en su local, siendo precisamente en mérito a estos elementos que desestimó el riesgo de confusión directa con las prestaciones y establecimiento de la denunciante:

Por las consideraciones antedichas, la Comisión considera que queda descartada, en el presente caso, la posibilidad de que el consumidor pueda ser víctima de una confusión directa. La Comisión aprecia que los diferentes platos ofrecidos por la denunciada respecto

Cabe precisar que la verificación de los elementos diferenciados citados, no fue materia de la inspección que dio origen al Informe N° 124-2004-FYE/AFI, de allí que el Área de Fiscalización del Indecopi no haya incurrido en subjetividad alguna al omitirlos en sus actas de verificación. La revisión de tales actas permite apreciar que no se emitió opinión o valoración alguna sobre la similitud de los establecimientos de ambas partes, puesto que consignar que en el local de Renzos se verificarían los elementos externos e internos que serían distintivos de los locales de la denunciante, el AFI únicamente estaba precisando el alcance de la diligencia.

La Sala coincide con la Comisión respecto a que Renzos generó un riesgo de confusión indirecta en los consumidores sobre el origen empresarial de sus prestaciones o un riesgo de asociación con respecto a Bambos. Ello, en mérito a la apariencia general que presentaba su establecimiento, constituida por la distribución de colores amarillo, azul y rojo, tanto en la fachada como en las paredes y columnas internas, el uso de figuras geométricas de color gris oscuro en mayólicas de color plomo claro ubicadas en la parte baja de la estructura de su local y, en general, el uso de artículos de iluminación, en diseños y ubicaciones similares a los de Bambos, así como mobiliario cuya ubicación, forma y colores, en conjunto, identifican o se asocian a Bambos en el mercado de comida rápida, aun cuando no cuente con una protección reforzada o derechos de exclusiva sobre estos elementos individualmente considerados.

En este extremo, si bien el artículo 4º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal reconoce el derecho a la libre imitación de iniciativas empresariales, también le establece límites a su ejercicio. Siendo el más genérico de ellos el cumplimiento de sus disposiciones y no sólo los derechos de exclusiva, como sostuvo Renzos:

Artículo 4º.- No se considerará como acto de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo en lo que en esta Ley

se dispone o en fa que lesione o infrinja un derecho de exclusiva reconocido por la Ley.

Así, un límite al derecho de libre imitación de iniciativas empresariales es el deber de diferenciación que debe observar el competidor con respecto a las prestaciones o establecimiento ajenos, a fin de evitar que se configuren supuestos de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena.

La existencia de confusión indirecta o de riesgo de asociación no supone que las prestaciones o elementos identificadores del proveedor afectado, sean idénticas a las empleadas por el infractor lo que es propio de la confusión directa - bastando que sean similares de allí que las alegaciones de Renzos respecto a que Bambos posee elementos distintos a los de su establecimiento (como los aleros triangulares en su frontis) no enerven el riesgo de confusión determinado en primera instancia.

De otro lado con respecto a la presencia de Bambos en el mercado, la Sala considera que más allá del período en que haya operado efectivamente en él, lo relevante para determinar la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena es que la afectada haya precedido en operaciones a la denunciada y que haya alcanzado un posicionamiento que explique o sustente la imitación de sus iniciativas por parte de los competidores entrantes, situaciones que no han sido cuestionadas en el procedimiento, ya que a lo largo del mismo, Renzos reconoció que imitó las iniciativas de la denunciante, aunque precisando que ello resultaba legítimo.

Finalmente, en la medida que Renzos generó un riesgo de confusión indirecta o de asociación frente a Bambos, se ha configurado a su vez un supuesto de aprovechamiento de la reputación ajena previsto en el artículo 14º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, aun cuando esta figura no se restrinja a los beneficios obtenidos por a actos de confusión, pudiendo concurrir con otras' e modalidades de competencia desleal como es el caso de la publicidad adhesiva y comparativa subjetiva.

Atendiendo a lo expuesto corresponde confirmar la Resolución N° 030-2005/CCD-INDECOPi en el extremo apelado en que declaró fundada la denuncia de Bambos contra Renzos por actos de competencia desleal en las modalidades de confusión y explotación de la reputación, ajena y, consecuentemente la medida complementaria' ordenada, ordenada a Renzos consistente en la prohibición, de presentar -tanto en el aspecto interno como externo del' establecimiento denunciado o cualquier otro bajo su conducción - elementos que puedan generar confusión en los consumidores sobre su origen empresarial y que puedan generar un riesgo de asociación respecto a los establecimientos de Bambos o. una explotación indebida' de la reputación de ésta última en el mercado.

### **III.2. Graduación de la sanción**

Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadirlo o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. En fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.

Para lograr dicho objetivo, es preciso que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. De lo contrario, los administrados recibirían el mensaje de que, aún en caso que las conductas infractoras fuesen detectadas, el beneficio obtenido con la infracción será superior a la sanción administrativa, razón por la que podrían optar por cometer la infracción. Por ello, el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las

autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Sin embargo, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio esperado por el infractor a partir de la transgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la posibilidad de la detección de la infracción.

En efecto, en caso que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida, el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio esperado no superase a la sanción esperada, le conviene infringir la norma, pues no existe mayor probabilidad de ser detectado. Por ello, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que reciban el mensaje de que, si bien puede ser difícil que sean hallados responsables, en caso que ello ocurra, recibiría una sanción significativamente mayor, ello, con el objeto que los agentes consideren los costos de la conducta y sean incentivados a desistir de llevarla a cabo.

De tal modo, la multa deberá ser calculada en función al beneficio esperado dividido entre la probabilidad de detección. Ello garantiza que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que, en la medida que el procedimiento por Infracción a la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal es de carácter especial, S9 rige por las normas específicas contenidas en el Decreto Ley N° 26122. Ello, sin perjuicio de que, por tratarse de un procedimiento de naturaleza sancionadora las normas especiales deben ser Interpretadas en concordancia con los principios generales que rigen este tipo de procedimientos.

Al respecto el artículo 24º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal establece que la sanción será determinada teniendo en consideración la gravedad de la falla, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que dependiendo de cada caso particular, se considere adecuado adoptar.

En el presente caso, la Comisión sancionó a Renzos con una multa de 5 UIT tomando en cuenta el volumen de ventas (S/. 72 815,00) alcanzado hasta la fecha en que le fue notificada la denuncia - monto frente al cual el gasto de S/.3000.00 que declaró realizar para cumplir la medida correctiva y diferenciarse de Bambos y diferenciarse de Bambos resultaba sumamente reducido. Asimismo, tomó en cuenta que dichos actos habían sido capaces de afectar la inversión efectuada por Bambos para dar de una apariencia particular a sus locales induciendo a error a los consumidores y la necesidad de disuadir conductas parasitarias de dicho tipo en el mercado.

Al respecto la Sala asume como propias las consideraciones de la resolución de primera instancia, en lo referido a la capacidad de la conducta de Renzos de afectar la inversión efectuada por Bambos para distinguir sus locales en el mercado, con la consiguiente inducción potencial a error a los consumidores. En vista de ello, en principio corresponder la confirmar la resolución apelada que sancionó a Renzos con una multa ascendente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias. No obstante, la Sala reconoce que, a efectos de graduar la sanción es importante tener en cuenta los factores atenuantes verificados en el presente procedimiento.

La Sala considera como factores atenuantes los siguientes: (i) no se ha logrado verificar un daño actual y real sino potencial como resultado de la conducta de Renzos; (ii) el impacto potencial de la conducta de Renzos ha sido eliminado a través del cambio de colores efectuado por la empresa infractora; (iii) la tendencia existente en el rubro de restaurante hacia cierta estandarización en la presentación; y, (iv) las diferentes prestaciones ofrecidas por Renzos y Bambos, tal como se evidencia de la carta de platos de Renzos que obra en el expediente y de la ubicación geográfica de dicho restaurante.

Atendiendo a lo expuesto, en la medida que se han acreditado situaciones atenuantes de la gravedad determinada por la Comisión, corresponde modificar la sanción impuesta a Renzos por la Comisión variando la multa ascendente a cinco (5) Unidades

Impositivas Tributarias a una amonestación.

### **3.3. Precedente aprobado mediante la Resolución N° 030-2005/CCD-INDECOPI**

En aplicación del artículo 43º del Decreto Legislativo N° 807, la Resolución N030-2005/CCD-INDECOPI estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

1.- El denominado “derecho a imitar”, que consiste en que un concurrente en el mercado puede lícitamente imitar las iniciativas empresariales de otro concurrente, constituye una de las manifestaciones de la libertad de iniciativa privada en materia económica, consagrada y protegida por artículo 58 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, el denominado “derecho a imitar” no puede ser ejercido por las empresas de modo irrestricto, deber ser ejercido respetando los límites que el ordenamiento jurídico establece.

2.- Un primer límite a la imitación consiste en el respeto que los concurrentes en el mercado deben tener por los derechos de propiedad intelectual de terceros, como es el caso de las marcas que otorgan protección sobre determinados signos de patentes que otorgan protección sobre determinadas invenciones y de titularidades de derechos de autor que otorgan protección sobre determinadas obras, entre otros. Mediante los derechos de propiedad intelectual el titular de un signo. Invención u obra goza de una protección tal que la imitación de otro concurrente respecto de estos elementos es ilícita, según lo precisado por las normas en la materia.

3.- Un segundo límite a la imitación consiste en el "deber de diferenciación" que corresponde a los concurrentes en el mercado. Este deber es exigido por las normas que reprimen la competencia desleal y significa que, si bien los concurrentes tienen "derecho a imitar", tienen como contraparte la obligación de evitar, en observancia de la buena fe comercial que alguna Imitación sea capaz de: I} generar confusión respecto del origen empresarial de los bienes o servicios que colocan en el mercado, así como sobre los establecimientos utilizados para tal fin: ii} conllevar que el concurrente imitado no pueda diferenciarse o afirmarse en el mercado por causa de una imitación sistemática: o, iii} significar una explotación indebida de la reputación que corresponde a otro concurrente en el mercado. Estas tres conductas son consideradas contrarias a la buena fe comercial que rige las actividades comerciales y son ejemplificadas como actos de competencia desleal, respectivamente, en los artículos 8, 13 y 14 de la ley sobre Represión de la Competencia Desleal, siendo prohibidas pro el artículo 6 de la misma ley, que constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General para aplicar las sanciones correspondientes.

4.- En particular, sobre los actos de confusión respecto del origen empresarial, cabe precisar que la confusión puede ser de tres tipos: a) directa, b) indirecta y c) de riesgo asociativo. En los tres casos bastará que exista un riesgo de confusión para considerar la conducta como un acto de competencia desleal.

La confusión directa ocurre cuando los consumidores pueden asumir que los bienes, servicios o establecimientos p de un concurren en el mercado guardan identidad con los que corresponden a otro concurrente, viéndose inducidos a error por no ser ello cierto. Esta confusión podría ocurrir a causa de una extrema similitud en signos, presentación o apariencia general de los bienes, los servicios o los establecimientos en cuestión.

La confusión indirecta ocurre cuando los consumidores pueden diferencia claramente bienes, servicios o establecimientos distintos, pero pueden pensar, equivocadamente distintos, pero pueden pensar, equivocadamente, que pertenecen al mismo concurrente en el mercado, cuando en realidad pertenecen a dos concurrentes distintos. Esta confusión podría ocurrir a causa de algunas similitudes en signos, presentación o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos en cuestión.

La confusión en la modalidad de riesgo de asociación ocurre cuando los consumidores pueden diferenciar los bienes, servicios o establecimientos de un concurrente en el

mercado frente a los de otro concurrente, pero pueden, como consecuencia de la similitud existente entre algunos elementos que caracterizan las ofertas de ambos, considerar que entre éstos existe vinculación económica u organizativa, cuando en realidad dicha vinculación no existe.

Esta confusión podría ocurrir a causa de una mínima similitud en signos, presentación o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos en cuestión.

5.- Finalmente, a efectos de evaluar si se produce un acto de confusión respecto de elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno. la autoridad administrativa, para determinar si un concurrente ha infringido el "deber de diferenciación" que le es exigible, debe evaluar fundamenta/mente que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos que corresponden al concurrente presuntamente afectado por la imitación, cuando menos: i) sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de la oferta de es le concurrente frente a los demás concurrentes en el mercado: ii) no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza; iii) no sean un estándar en el mercado; y, iv) conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en elevados costos de diferenciación.

La Sala coincide con la interpelación desarrollada por la Comisión sobre los límites al derecho de imitación de iniciativas empresariales, establecido en el artículo 4º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, y sobre las distintas modalidades del acto de confusión previsto en su artículo 8º, así como los criterios para determinar su configuración. En este sentido, atendiendo a que la resolución recurrida interpreta de modo expreso y con carácter general la legislación, corresponde solicitar al Directorio del Indecopi que ordene su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

#### **III.4. El pago de las costas y costos del procedimiento**

En la medida que en este caso se ha acreditado que Renzos infringió la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. de conformidad con lo establecido por el artículo 7 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI corresponde ordenar a dicha empresa infractora que asuma el pago de las costas y costos incurridos por Bembo durante IR tramitación de este procedimiento.

#### **IV. RESOLUCION DE LA SALA**

**Primero.-** Confirmar la Resolución N° 030-2005/CCD-INDECOPI, emitida el 7 de marzo de 2005 por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, que (i) declaró fundada la denuncia contra Renzo's Pollería Restaurant Snack S.R.L. por actos de competencia desleal en las modalidades de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena, previstas en los artículos 8º y 14º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal; y, (ii) prohibió a Renzo's Pollería Restaurant Snack S.R.L., en calidad de medida complementaria, que presente tanto en el aspecto interno como externo del establecimiento denunciado o cualquier otro bajo su conducción elementos que puedan general confusión en los consumidores sobre su origen empresarial o, un riesgo de asociación respecto a los establecimientos de bembo o, finalmente, una explotación indebida de la reputación de esta última en el mercado.

**Segundo.-** Modificar la sanción de multa ascendente a 5 UIT impuesta por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal a Renzo's Pollería Restaurant Snack S.R.L., dejándola establecida en una sanción de amonestación.

**Tercero.-** Ordenar a Renzo's Pollería Restaurant Snack S.R.L. que asuma el pago de las costas y costos incurridos por Bembo S.A.C. durante la tramitación de este procedimiento.

**Cuarto.-** De acuerdo con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo NV 807, confirmar Que la Resolución N° 030-2005/CCD-INDECOPI constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

1.- El denominado "derecho a imitar", que consiste en que un concurrente en el mercado puede lícitamente imitar las iniciativas empresariales de otro concurrente, constituye una de las manifestaciones de la libertad de iniciativa privada en materia económica, consagrada y protegida por artículo 58 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, el denominado "derecho a imitar" no puede ser ejercido por las empresas de modo irrestricto, debe ser ejercido respetando los límites que el ordenamiento jurídico establece.

2.- Un primer límite a la imitación consiste en el respeto que los concurrentes en el mercado deben tener por los derechos de propiedad intelectual de terceros, como es el caso de las marcas que otorgan protección sobre determinados signos, de patentes que otorgan protección sobre determinadas invenciones y de titularidades de derechos de autor que otorgan protección sobre determinadas obras, entre otros. Mediante 105 derechos de propiedad Intelectual, el titular de un signo, Invención u Obra goza de una protección tal que la Imitación de otro concurrente respecto de estos elementos es ilícita, según lo precisado por las normas en la materia.

3.- Un segundo límite a la imitación consiste en el "deber de diferenciación" que corresponde a 105 concurrentes en el mercado. Este deber es exigido por las normas que -reprimen la competencia desleal y significa que, si bien los concurrentes tienen "derecho a imitar", tienen como contraparte la obligación de evitar, en observancia de la buena fe comercial, que alguna imitación sea capaz de: i) generar confusión respecto del origen empresarial de los bienes o servicios que colocan en el mercado, así como sobre 105 establecimientos utilizados para tal fin; ii) conllevar que el concurrente imitado no pueda diferenciarse o afirmarse en el mercado por causa de una imitación sistemática; o, iii) significar una explotación indebida de la reputación que corresponde a otro concurrente en el mercado. Estas tres conductas son consideradas contrarias a la buena fe comercial que rige las actividades comerciales y son ejemplificadas como actos de competencia desleal, respectivamente, en 105 artículos 8. 13 Y 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, siendo prohibidas por el artículo 6 de la misma ley, que constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley del procedimiento Administrativo General para aplicar las sanciones correspondientes.

4.- En particular, sobre 105 actos de confusión respecto del origen empresarial, cabe precisar que la confusión puede ser de tres tipos: a) directa, b) indirecta y e) de riesgo asociativo. En 105 tres casos bastará que exista un riesgo de confusión para considerar la conducta como un acto de competencia desleal.

La conclusión directa ocurre cuando los consumidores pueden asumir que 105 bienes, servicios o establecimientos de un concurrente en el mercado guardan identidad con 105 que corresponden a otro concurrente, viéndose inducidos a error por no ser el/o cierto. Esta confusión podría ocurrir a causa de una extrema similitud en signos, presentación o apariencia general de 105 bienes, 105 servicios o los establecimientos en cuestión.

La confusión indirecta ocurre cuando los consumidores pueden diferenciar claramente bienes, servicios o establecimientos distintos, pero pueden pensar, equivocadamente, que pertenecen al mismo concurrente en el mercado, cuando en realidad pertenecen a dos concurrentes distintos. Esta confusión podría ocurrir a causa de algunas similitudes en signos, presentación o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos en cuestión.

La confusión en la modalidad de riesgo de asociación ocurre cuando los consumidores pueden diferenciar los bienes, servicios o establecimientos de un concurrente en el mercado frente a los de otro concurrente, pero pueden, como consecuencia de la similitud existente entre algunos elementos que caracterizan las

ofertas de ambos, considerar que entre éstos existe vinculación económica u organizativa, cuando en realidad dicha vinculación no existe. Esta confusión podría ocurrir a causa de una mínima similitud en signos, presentación o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos en cuestión.

5.- Finalmente a efectos de evaluar si se produce un acto de confusión respecto de elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno, la autoridad administrativa, para determinar si un concurrente ha infringido el "deber de diferenciación" que le es exigible, debe evaluar fundamentalmente que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos que corresponden al concurrente presuntamente afectado por la imitación, cuando menos: i) sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de la oferta de este concurrente frente a los demás concurrentes en el mercado: ii) no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza; iii) no sean un estándar en el mercado: y. iv) conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en elevados costos de diferenciación.

**Quinto.-** Solicitar al Directorio del Indecopi que ordene la publicación de la presente Resolución y de la Resolución N° 030-2005-CCD-INDECOPI en el Diario Oficial El Peruano.

Con la intervención de los señores vocales: Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zofezzi Ibárcena.

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN-Vicepresidente

## ANEXO Nº 4

### PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO PARA LAS SOCIEDADES PERUANAS

El Gobierno Corporativo es el sistema por el cual las sociedades son dirigidas y controladas. La estructura del gobierno corporativo especifica la distribución de los derechos y responsabilidades entre los diferentes participantes de la sociedad, tales como el Directorio, los gerentes, los accionistas y otros agentes económicos que mantengan algún interés en la empresa. El Gobierno Corporativo también provee la estructura a través de la cual se establecen los objetivos de la empresa, los medios para alcanzar estos objetivos, así como la forma de hacer un seguimiento a su desempeño" (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE)

Conformación del Comité

Presidencia:

Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV)

Integrantes:

Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV)

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)

Superintendencia de Bancas y Seguros

Bolsa de Valores de Lima (BVL)

Asociación de Bancos (ASBANC)

Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP)

Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales (PROCAPITALES)

Centro de Estudios de Mercados de Capitales y Financiero (MC&F)

Índice:

Introducción

I. Los Derechos de los Accionistas

II. Tratamiento Equitativo de los Accionistas

III. La Función de los Grupos de Interés en el Gobierno de las Sociedades

IV. Comunicación y Transparencia Informativa

V. Las Responsabilidades del Directorio

VI. Sociedades No Inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores

### **Introducción**

El buen gobierno corporativo está cobrando cada vez más importancia en el ámbito local e internacional debido a su reconocimiento como un valioso medio para alcanzar mercados más confiables y eficientes. En los últimos años se han establecido principios de adhesión voluntaria, realizado acuciosos estudios e implementado una serie de reformas legislativas, a fin de incentivar el desarrollo de buenas prácticas de gobierno corporativo. De esta manera, se ha reconocido el impacto directo y significativo que la implementación de dichas prácticas tiene en el valor, solidez y eficiencia de las empresas, y por tanto en el desarrollo económico y bienestar general de los países.

El gobierno corporativo explica las reglas y los procedimientos para tomar decisiones en asuntos como el trato equitativo de los accionistas, el manejo de los conflictos de interés, la estructura de capital, los esquemas de remuneración e incentivos de la administración, las adquisiciones de control, la revelación de información, la influencia de inversionistas institucionales, entre otros, que afectan el proceso a través del cual las rentas de la sociedad son distribuidas.

Los inversionistas consideran cada vez más la aplicación de prácticas de buen gobierno como un elemento de suma importancia para preservar el valor real de sus inversiones en el largo plazo, en la medida que conlleva a eliminar la información desigual entre quienes administran la empresa y sus inversionistas. Refuerza este objetivo la existencia de un adecuado marco legal y prácticas de supervisión eficientes que velen por la existencia de mercados transparentes que garanticen la protección del inversionista.

El Perú no es ajeno a los avances y discusiones realizadas en torno al buen gobierno corporativo de las sociedades. A lo largo de los años, el marco regulador se ha venido adaptando a estas tendencias, concentrando esfuerzos en lograr que las empresas peruanas alcancen estándares internacionales y puedan ofrecer mayor confianza a los inversionistas nacionales y extranjeros, en especial al accionista minoritario.

En esta dirección, se conformó un comité de alto nivel, con la participación del sector público y privado, para establecer principios de buen gobierno corporativo aplicables a las empresas peruanas. Para ello se recogieron los Principios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), aprobados en abril de 1999. Dado que estos últimos gozan de reconocimiento mundial, habiéndose constituido en punto de referencia en la elaboración de reformas y recomendaciones aplicables a diversas estructuras societarias a nivel internacional, se consideró conveniente mantener en lo posible su estructura y contenido. Sin embargo, se realizaron ciertos cambios tomando en cuenta las características de las empresas peruanas, su estructura accionaria y el marco legal en que se desarrollan.

Los presentes “Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas” se deberán constituir en una guía para las empresas, de tal modo que su implementación evidencie una clara capacidad de autodeterminación y autorregulación, promoviéndose de esta manera una cultura de buenas prácticas de gobierno corporativo. Asimismo, serán un marco referencial para que los diferentes grupos de interés puedan medir el grado de adhesión de las empresas peruanas a dichos principios.

## **I. Los Derechos de los Accionistas**

El marco del gobierno de las sociedades debe proteger los derechos de los accionistas.

- Los derechos básicos de los accionistas incluyen el derecho a:
  1. Que se estipule los métodos de registro de la propiedad y se lleve debidamente la matrícula de acciones.
  2. Traspasar o transferir las acciones, así como recibir oportunamente los certificados de suscripción preferente y las acciones suscritas en los casos de aumento de capital.

3. Recabar información relevante sobre la sociedad de manera oportuna.
  4. Participar y votar en las Juntas Generales de Accionistas.
  5. Designar a los miembros del Directorio, y
  6. Participar en los beneficios de la sociedad y fijar una política de dividendos que establezca expresamente los criterios para la distribución de utilidades
- Los accionistas tienen derecho a participar y a estar lo suficientemente informados sobre las decisiones que acarrearán cambios fundamentales en la sociedad, tales como:
    1. Enmiendas a los estatutos, las escrituras de constitución u otros documentos de gobierno de la sociedad.
    2. La autorización para la emisión de nuevas acciones, y
    3. Transacciones extraordinarias, como reorganizaciones societarias y la venta o contratos sobre partes sustanciales del activo social, o cualquier otra transacción que derive o puedan derivar en la venta de la compañía
  - Los accionistas deben contar con la posibilidad de participar de forma efectiva y votar en las Juntas Generales de Accionistas, debiendo ser informados acerca del reglamento, incluido el proceso de votación, que rige las Juntas Generales de Accionistas.
    1. Se debe proporcionar a los accionistas información suficiente y con la debida anticipación, concerniente a la fecha, lugar y agenda de estas Juntas Generales, además de una información detallada sobre las cuestiones a tratar en las mismas.

No se debe incorporar en la agenda asuntos genéricos, debiéndose precisar los puntos a tratar de modo que se discuta cada tema por separado, facilitando su análisis y evitando la resolución conjunta de temas respecto de los cuales se puede tener una opinión diferente.

El lugar de celebración de las Juntas Generales se debe fijar de modo que se facilite la asistencia de los accionistas a las mismas.

2. Los accionistas deben contar con la oportunidad de introducir puntos a debatir, dentro de un límite razonable, en la agenda de las Juntas Generales.

Los temas que se introduzcan en la agenda deben ser de interés social y propio de la competencia legal o estatutaria de la Junta. El Directorio no debe denegar esta clase de solicitudes sin comunicar al accionista un motivo razonable.

3. Los accionistas deben contar con la oportunidad de solicitar con anterioridad a la Junta General o durante el curso de la misma los

informes o aclaraciones que estimen necesarios acerca de los puntos de la agenda.

4. Se debe permitir a los accionistas votar personalmente o por delegación, confiriendo el mismo valor y efecto a los votos emitidos de una u otra forma.
    - i. El Estatuto no debe imponer límites a la facultad que todo accionista con derecho a participar en las Juntas Generales pueda hacerse representar por la persona que designe.
    - ii. Quienes soliciten poderes de representación para la Junta General, deben informar a los accionistas sobre los temas respecto de los cuales ejercerán el poder y el sentido del voto que adoptarán, incluyendo toda la información relevante.
- Se deben revelar las estructuras o convenios de capital que permitan a ciertos accionistas ejercer un control desproporcionado en contraposición a su participación accionaria.
  - Los mercados de control societario deben funcionar de una manera eficiente y transparente.
    1. La información relativa a la adquisición de control corporativo y las transacciones extraordinarias deben comunicarse de forma directa y clara para que los inversores entiendan sus derechos. Las transacciones deben realizarse con precios transparentes y en condiciones justas y equitativas a fin de proteger los derechos de todos los accionistas de acuerdo con su categoría.
    2. Los mecanismos “antiabsorción” no se deben emplear para eximir a la dirección de sus responsabilidades.
    3. En caso de producirse una Oferta Pública de Adquisición, los accionistas de la empresa deberán tener el derecho a participar en la prima que un tercero pague por adquirir el control de la sociedad.

La administración de la sociedad emisora deberá actuar con neutralidad y no adoptar medidas de protección contra ofertas de adquisición salvo que cuente con autorización expresa de la Junta General.

La transferencia de control debe incluir la adecuada revelación de los criterios de valorización que sustentan cualquier oferta. Para este efecto, la administración de la sociedad objetivo debe establecer los mecanismos que permitan a los titulares de acciones u otros valores susceptibles de suscribir o adquirir, tomar conocimiento de la oferta pública de adquisición y las condiciones planteadas por el oferente y adoptar una decisión adecuadamente razonada.

- Los accionistas, incluidos los inversores institucionales, deben tomar en cuenta los costos y beneficios derivados del ejercicio de su derecho de voto.

- Se debe asegurar, en caso exclusión de un valor del Registro Público del Mercado de Valores, que aquellos inversionistas que se consideren afectados por dicho acto, puedan desprenderse de sus valores y venderlos en condiciones razonables antes que la sociedad sea retirada del mecanismo de negociación.
- Se debe propiciar que las discrepancias que se susciten entre la sociedad y sus accionistas se resuelvan mediante el sometimiento de dichas controversias al mecanismo del arbitraje, pudiéndose establecer, para tal fin, un convenio arbitral obligatorio en el Estatuto de la sociedad.

## **II. Tratamiento Equitativo de los Accionistas**

El marco del gobierno societario debe asegurar un trato equitativo para todos los accionistas, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todo accionista debe contar con la posibilidad de obtener reparación efectiva por la violación de sus derechos.

- Todo accionista de la misma categoría debe ser tratado con equidad.
  1. Sea cual sea su categoría, todo accionista debe tener los mismos derechos de voto. Todos los inversores deben tener acceso a información acerca de los derechos de voto asociados a todos los tipos de acciones antes de adquirirlas. Cualquier cambio de los derechos de voto debe estipularse mediante votación de los accionistas.

La sociedad debe procurar, en lo posible, la convergencia hacia un solo tipo o clase de acción, tendiendo a emitir acciones con derecho a voto (acciones ordinarias) y mantener la menor variedad de acciones sin derecho a voto (acciones preferentes o acciones de inversión).

En ese sentido, es recomendable que la sociedad emisora de acciones de inversión u otros valores accionarios sin derecho a voto, ofrezca a sus tenedores la oportunidad de canjearlos por acciones ordinarias con derecho a voto o que prevean esta posibilidad al momento de su emisión.

Estos procesos de intercambio deben ser voluntarios, considerar a la totalidad de los accionistas de la respectiva clase, realizarse en condiciones razonables y respetar los derechos de los demás accionistas de la sociedad, sean ordinarios o no.

2. Las entidades depositarias de las acciones deben emitir los votos de acuerdo con la voluntad expresada por el propietario nominal de las acciones.
  3. Los procesos y procedimientos de las Juntas Generales de Accionistas deben permitir el trato equitativo de todos los accionistas. Los procesos de la compañía no deben hacer excesivamente difícil o costosa la emisión de votos.
- Se debe elegir un número suficiente de directores capaces de ejercer un juicio independiente, en asuntos donde haya potencialmente conflictos de intereses, pudiéndose, para tal efecto, tomar en consideración la participación de los accionistas carentes de control.

Los directores independientes son aquellos seleccionados por su prestigio profesional y que no se encuentran vinculados con la administración de la sociedad ni con el grupo de control de la misma.

- No se debe realizar transacciones con información privilegiada ni negociaciones abusivas por cuenta propia o de terceros.
- Se les debe exigir a los miembros del Directorio y a la Gerencia que revelen cualquier interés material en transacciones o cuestiones que afecten a la sociedad.

### **III. La Función de los Grupos de Interés en el Gobierno de las Sociedades**

El marco del gobierno de las sociedades debe reconocer los derechos de los grupos de interés estipulados por ley y alentar una cooperación activa entre las sociedades y estas entidades en la creación de riqueza, empleo y empresas financieramente sólidas.

- El marco del gobierno societario debe asegurar que se respeten los derechos de los grupos de interés estipulados por ley, tales como trabajadores, proveedores, y acreedores.
- Donde los derechos de los grupos de interés estén protegidos por ley, toda entidad debe contar con la posibilidad de obtener reparación efectiva por la violación de sus derechos.
- El marco del gobierno societario debe permitir mecanismos que incrementen la participación activa de los grupos de interés.
- Donde los grupos de interés formen parte del proceso del gobierno societario, deben tener acceso a información relevante.

### **IV. Comunicación y Transparencia Informativa**

El marco del gobierno de las sociedades debe asegurar que se presenta la información de manera precisa y de modo regular acerca de todas las cuestiones materiales referentes a la sociedad, incluidos los resultados, la situación financiera, la propiedad y el gobierno corporativo.

- La comunicación incluye, aunque no se limita a, una información material sobre:
  1. Los resultados financieros y de explotación de la empresa.
  2. Los objetivos de la empresa.
  3. La participación mayoritaria y los derechos de voto.
  4. Los miembros del Directorio y los ejecutivos principales y sus remuneraciones.
  5. Los factores de riesgo material previsible y las acciones tomadas para reducir su impacto.

6. Las cuestiones materiales referentes a los empleados y otros grupos de interés.
7. Las estructuras y políticas de gobierno.
8. Los hechos de importancia referidos a la sociedad emisora, el valor y la oferta que de éste se haga.
9. Los grupos económicos.

La información material comprende aquella que podría influir en las decisiones económicas de los usuarios de la misma.

- Se debe preparar, auditar y presentar la información siguiendo los estándares contables y de auditoría más exigentes, incluyendo una descripción de los riesgos financieros y no financieros significativos que la empresa enfrenta.
- Una sociedad auditora o auditor que guarde independencia en relación a la persona jurídica o patrimonio auditado, debe realizar cuando menos una auditoría anual que permita la preparación y presentación externa y objetiva de los estados financieros.

Si bien, por lo general las auditorías externas están enfocadas a dictaminar información financiera, éstas también pueden referirse a dictámenes o informes especializados en los siguientes aspectos: peritajes contables, auditorías operativas, auditorías de sistemas, evaluación de proyectos, evaluación o implantación de sistemas de costos, auditoría tributaria, tasaciones para ajustes de activos, evaluación de cartera, inventarios, u otros servicios especiales.

Es recomendable que estas asesorías sean realizadas por auditores distintos o, en caso las realicen los mismos auditores, ello no afecte la independencia de su opinión. La sociedad debe revelar todas las auditorías e informes especializados que realice el auditor.

Se debe informar respecto a todos los servicios que la sociedad auditora o auditor presta a la sociedad, especificándose el porcentaje que representa cada uno, y su participación en los ingresos de la sociedad auditora o auditor.

- Los canales de divulgación de información deben permitir a los usuarios un acceso a la información justo, regular y con un coste razonable, y teniendo en cuenta lo siguiente:
  1. Todos los accionistas deben tener acceso a la información por igual; debiendo la información revelada a un accionista o a un tercero, ser puesta a disposición de todos los accionistas.
  2. La atención de los pedidos particulares de información solicitados por los accionistas, los inversionistas en general o los grupos de interés relacionados con la sociedad, debe hacerse a través de una instancia y/o personal responsable designado al efecto.

3. Los casos de duda sobre el carácter confidencial de la información solicitada por los accionistas o por los grupos de interés relacionados con la sociedad deben ser resueltos. Los criterios deben ser adoptados por el Directorio y ratificados por la Junta General, así como incluidos en el Estatuto o reglamento interno de la sociedad. En todo caso la revelación de información no debe poner en peligro la posición competitiva de la empresa ni ser susceptible de afectar el normal desarrollo de las actividades de la misma.

Se debe informar un determinado hecho o negociación, que fuese asignado anteriormente como reservado, cuando haya cesado el carácter confidencial del mismo y su divulgación ya no pueda acarrear algún perjuicio a la sociedad.

- La sociedad debe contar con auditoría interna. El auditor interno, en el ejercicio de sus funciones, debe guardar relación de independencia profesional respecto de la sociedad que lo contrata. Debe actuar observando los mismos principios de diligencia, lealtad y reserva que se exigen al Directorio y la Gerencia.

Las funciones principales de los auditores internos, que sean reconocidas de manera explícita, deben procurar abarcar los siguientes aspectos:

1. Evaluación permanente de toda la información generada o registrada por la actividad desarrollada por la sociedad, de modo que sea confiable y guarde sujeción con la normativa.
2. Asegurar la fortaleza del control interno contable.
3. Presentar a las áreas correspondientes las observaciones del caso y proponer las medidas necesarias a fin de evitar errores y prevenir contingencias.
4. Diseñar y conducir la política integral del control interno de la sociedad.
5. Mantener informado al Directorio y a la Gerencia General, por escrito, de los asuntos o materias críticas del control interno sobre las que debe tomarse atención o conocimiento, así como de las acciones tomadas sobre toda recomendación que haya presentado en el período que informa.

## **V. Las Responsabilidades del Directorio**

El marco del gobierno de las sociedades debe estipular las directrices estratégicas de la compañía, un control eficaz de la dirección por parte del Directorio y la responsabilidad del Directorio hacia la empresa y sus accionistas.

- Los miembros del Directorio deben desempeñar su labor de buena fe, con la diligencia, cuidado y reserva debidos, velando siempre por los mejores intereses de la empresa y de sus accionistas, contando con una información completa.
- Cuando las decisiones del Directorio pudiesen afectar a los distintos grupos de accionistas de forma dispar, el Directorio debe actuar con todos los accionistas de forma justa.

- El Directorio debe tener en cuenta en todo momento los intereses de los grupos de interés, asegurando siempre el cumplimiento de la ley.
- El Directorio debe realizar ciertas funciones claves, a saber:
  1. Evaluar, aprobar y dirigir la estrategia corporativa; establecer los objetivos y metas así como los planes de acción principales, la política de seguimiento, control y manejo de riesgos, los presupuestos anuales y los planes de negocios; controlar la implementación de los mismos; y supervisar los principales gastos, inversiones, adquisiciones y enajenaciones.
  2. Seleccionar, controlar y, cuando se haga necesario, sustituir a los ejecutivos principales, así como fijar su retribución.
  3. Evaluar la remuneración de los ejecutivos principales y de los miembros del Directorio, asegurándose que el procedimiento para elegir a los directores sea formal y transparente.
  4. Realizar el seguimiento y control de los posibles conflictos de intereses entre la administración, los miembros del Directorio y los accionistas, incluidos el uso fraudulento de activos corporativos y el abuso en transacciones entre partes interesadas.
  5. Velar por la integridad de los sistemas de contabilidad y de los estados financieros de la sociedad, incluida una auditoría independiente, y la existencia de los debidos sistemas de control, en particular, control de riesgos financieros y no financieros y cumplimiento de la ley.
  6. Supervisar la efectividad de las prácticas de gobierno de acuerdo con las cuales opera, realizando cambios a medida que se hagan necesarios.
  7. Supervisar la política de información.
- El Directorio debe ser capaz de ejercer, con independencia de la administración, un juicio objetivo sobre asuntos corporativos. Para ello se debe tener en cuenta que:
  1. El Directorio podrá conformar órganos especiales de acuerdo a las necesidades y dimensión de la sociedad, en especial aquella que asuma la función de auditoría. Asimismo, estos órganos especiales podrán referirse, entre otras, a las funciones de nombramiento, retribución, control y planeamiento.

Estos órganos especiales se constituirán al interior del Directorio como mecanismos de apoyo y deberán estar compuestos preferentemente por directores independientes, a fin de tomar decisiones imparciales en cuestiones donde puedan surgir conflictos de intereses.
  2. Los miembros del Directorio deben dedicarle el tiempo suficiente a sus responsabilidades.

El Directorio se reunirá con una periodicidad que asegure el seguimiento adecuado y permanente de los asuntos de la sociedad, y que se encuentre en relación directa con el interés social de la misma. Utiliza los medios tecnológicos que la ley permite cuando no resultan posibles las reuniones presenciales entre sus miembros.

3. El número de miembros del Directorio de una sociedad debe asegurar pluralidad de opiniones al interior del mismo, de modo que las decisiones que en él se adopten sean consecuencia de una apropiada deliberación, observando siempre los mejores intereses de la empresa y de los accionistas.
- Los miembros del Directorio deben tener acceso a una información precisa y relevante, de forma regular, con el fin de llevar a cabo sus responsabilidades.

La información referida a los asuntos a tratar en cada sesión, debe encontrarse a disposición de los directores con una anticipación que les permita su revisión, salvo que se traten de asuntos estratégicos que demanden confidencialidad, en cuyo caso será necesario establecer los mecanismos que permita a los directores evaluar adecuadamente dichos asuntos.

Siguiendo políticas claramente establecidas y definidas, el Directorio decide la contratación de los servicios de asesoría especializada que requiera la sociedad para la toma de decisiones.

- Las remuneraciones de los directores deben fijarse en relación directa con la dedicación y experiencia profesional de los mismos, debiendo ser la moderación la premisa principal al fijar dichas retribuciones. Los referidos honorarios deberán generar incentivos a fin de alinear los intereses de los directores con los de los accionistas.
- La operatividad del Directorio debe considerar que:
  1. Los nuevos directores deben ser instruidos sobre sus facultades y responsabilidades, así como sobre las características y estructura organizativa de la sociedad.
  2. Los directores titulares deben informar a los directores suplentes y a los alternos respecto a los asuntos tratados en las sesiones de Directorio, a fin de que su posible intervención no obstaculice la normal marcha de las decisiones del órgano, considerando que los mismos pueden suplir alguna vacancia, ausencia o impedimento, en cualquier momento. Asimismo, los directores suplentes y alternos deberán informar a los directores titulares que sustituyeron en forma transitoria, respecto a las sesiones en las que participaron.
  3. Se debe establecer los procedimientos que el Directorio sigue en la elección de uno o más reemplazantes, si no hubiera directores suplentes y se produjese la vacancia de uno o más directores, a fin de completar su número por el período que aún resta, cuando no exista disposición de un tratamiento distinto en el Estatuto.
- Las funciones del Presidente del Directorio, Presidente Ejecutivo de ser el caso, así como del Gerente General deben estar claramente delimitadas en el

Estatuto o en el reglamento interno de la sociedad con el fin de evitar duplicidad de funciones y posibles conflictos.

La estructura orgánica de la sociedad debe evitar la concentración de funciones, atribuciones y responsabilidades en las personas del Presidente del Directorio, del Presidente Ejecutivo de ser el caso, del Gerente General y de otros funcionarios con cargos gerenciales.

Con respecto a las funciones, atribuciones y responsabilidades de la Gerencia General se debe considerar que:

1. La Gerencia debe contar con autonomía suficiente para desarrollar sus funciones adecuadamente dentro de los lineamientos que designe el Directorio.
2. La Gerencia debe actuar bajo los mismos principios de diligencia, lealtad y reserva, que tiene el Directorio.
3. El Gerente General debe cumplir con la política aprobada de entrega de información al Directorio o a los directores a título individual, sin perjuicio de las responsabilidades que establezca el Estatuto.
4. La Gerencia General debe respetar los poderes y roles de los demás gerentes de tal manera que no haya una concentración de los mismos.
5. Es recomendable que la Gerencia reciba, al menos, parte de su retribución en función a los resultados de la empresa, de manera que se asegure el cumplimiento de su objetivo de maximizar el valor de la empresa a favor de los accionistas.

## **VI. Sociedades No Inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores**

Todos los principios y prácticas descritas en los capítulos anteriores, en lo pertinente, son aplicables a las sociedades no inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores, incluyendo a las sociedades anónimas cerradas. Es importante destacar respecto a las sociedades no inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores que:

- El Directorio debe sesionar regularmente, sin descartar la participación de directores independientes que, además de sus conocimientos y experiencia, contribuyan con un punto de vista imparcial.
- La sociedad debe contar con una estructura organizacional lógica y alineada con sus objetivos, en la que sea clara la línea de mando y el proceso de toma de decisiones. A su vez, debe contar con una Gerencia profesional remunerada de acuerdo con los estándares del medio. Las políticas de contratación y sucesión deben ser claras y adecuadamente comunicadas.
- Es recomendable la aplicación de estándares de suministro de información como el que se aplica a las sociedades inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. Asimismo, debe existir una política clara sobre el manejo y difusión de la información respecto a la marcha de la sociedad.

## ANEXO N° 5

**Bank of the United States v. Deveaux**

**5 Cranch 61 1809**

**March 15. Marshall, Ch. J., delivered the opinion of the court as follows:**

**Two points have been made in this cause.**

1. That a corporation, composed of citizens of one state, may sue a citizen of another state, in the federal courts.
2. That a right to sue in those courts is conferred on this bank by the law which incorporates it.

The last point will be first considered.

The judicial power of the United States, as defined in the constitution, is dependent, 1st. On the nature of the case; and, 2d. On the character of the parties.

By the judicial act, the jurisdiction of the circuit courts is extended to cases where the constitutional right to plead and be impleaded, in the courts of the Union, depends on the character of the parties; but where that right depends on the nature of the case, the circuit courts derive no jurisdiction from that act, except in the single case of a controversy between citizens of the same state, claiming lands under grants from different states.

Unless, then, jurisdiction over this cause has been given to the Circuit Court by some other than the judicial act, the bank of the United States had not a right to sue in that court, upon the principle that the case arises under a law of the United States.

The plaintiffs contend that the incorporating act confers this jurisdiction.

That act creates the corporation, gives it a capacity to make contracts and to acquire property, and enables it "to sue and be sued, plead and be impleaded, answer and be answered, defend and be defended, in courts of record, or any other place whatsoever."

This power, if not incident to a corporation, is conferred by every incorporating act, and is not understood to enlarge the jurisdiction of any particular court, but to give a capacity to the corporation to appear, as a corporation, in any court which would, by law, have cognizance of the cause, if brought by individuals. If jurisdiction is given by this clause to the federal courts, it is equally given to all courts having original jurisdiction, and for all sums however small they may be.

But the 9th article of the 7th section of the act furnishes a conclusive argument against the construction for which the plaintiffs contend. That section subjects the president and directors, in their individual capacity, to the suit of any person aggrieved by their putting into circulation more notes than is permitted by law, and expressly authorizes the bringing of that action in the federal or state courts.

This evinces the opinion of Congress, that the right to sue does not imply a right to sue in the courts of the Union unless it be expressed. This idea is strengthened also by the law respecting patent rights. That law expressly recognizes the right of the patentee to sue in the circuit courts of the United States.

The court, then, is of opinion, that no right is conferred on the bank, by the act of incorporation, to sue in the federal courts.

2. The other point is one of much more difficulty.

The jurisdiction of this court being limited, so far as respects the character of the parties in this particular case, "to controversies between citizens of different states," both parties must be citizens, to come within the description.

That invisible, intangible, and artificial being, that mere legal entity, a corporation aggregate, is certainly not a citizen; and, consequently, cannot sue or be sued in the

courts of the United States, unless the rights of the members, in this respect, can be exercised in their corporate name. If the corporation be considered as a mere faculty, and not as a company of individuals, who, in transacting their joint concerns, may use a legal name, they must be excluded from the courts of the Union.

The duties of this court, to exercise jurisdiction where it is conferred, and not to usurp it where it is not conferred, are of equal obligation. The constitution, therefore, and the law are to be expounded, without a leaning the one way or the other, according to those general principles which usually govern in the construction of fundamental or other laws.

A constitution, from its nature, deals in generals, not in detail. Its framers cannot perceive minute distinctions which arise in the progress of the nation, and therefore confine it to the establishment of broad and general principles.

The judicial department was introduced into the American constitution under impressions, and with views, which are too apparent not to be perceived by all. However true the fact may be, that the tribunals of the states will administer justice as impartially as those of the nation, to parties of every description, it is not less true that the constitution itself either entertains apprehensions on this subject, or views with such indulgence the possible fears and apprehensions of suitors, that it has established national tribunals for the decision of controversies between aliens and a citizen, or between citizens of different states. Aliens, or citizens of different states, are not less susceptible of these apprehensions, nor can they be supposed to be less the objects of constitutional provision, because they are allowed to sue by a corporate name. That name, indeed, cannot be an alien or a citizen; but the persons whom it represents may be the one or the other; and the controversy is, in fact and in law, between those persons suing in their corporate character, by their corporate name, for a corporate right, and the individual against whom the suit may be instituted. Substantially and essentially, the parties in such a case, where the members of the corporation are aliens, or citizens of a different state from the opposite party, come within the spirit and terms of the jurisdiction conferred by the constitution on the national tribunals.

Such has been the universal understanding on the subject. Repeatedly has this court decided causes between a corporation and an individual without feeling a doubt respecting its jurisdiction. Those decisions are not cited as authority; for they were made without considering this particular point; but they have much weight, as they show that this point neither occurred to the bar or the bench; and that the common understanding of intelligent men is in favor of the right of incorporated aliens, or citizens of a different state from the defendant, to sue in the national courts. It is by a course of acute, metaphysical and abstruse reasoning, which has been most ably employed on this occasion, that this opinion is shaken.

As our ideas of a corporation, its privileges and its disabilities, are derived entirely from the English books, we resort to them for aid, in ascertaining its character. It is defined as a mere creature of the law, invisible, intangible and incorporeal. Yet, when we examine the subject further, we find that corporations have been included within terms of description appropriated to real persons.

The statute of Henry VIII. concerning bridges and highways, enacts, that bridges and highways shall be made and repaired by the "inhabitants of the city, shire, or riding," and that the justices shall have power to tax every "inhabitant of such city," &c., and that the collectors may "distrain every such inhabitant as shall be taxed and refuse payment thereof, in his lands, goods and chattels."

Under this statute those have been construed inhabitants who hold lands within the city where the bridge to be repaired lies, although they reside elsewhere.

Lord Coke says, "every corporation and body politic residing in any county, riding, city, or town corporate, or having lands or tenements in any shire, *que propriis manibus et sumptibus possident et habent*, are said to be inhabitants there, within the purview of this statute."

The tax is not imposed on the person, whether he be a member of the corporation or not, who may happen to reside on the lands; but is imposed on the corporation itself, and, consequently, this ideal existence is considered as an inhabitant, when the general spirit and purpose of the law requires it.

In the case of the *King v. Gardner*, reported by Cowper, a corporation was decided, by the Court of King's bench, to come within the description of "occupiers or inhabitants." In that case the poor rates to which the lands of the corporation were declared to be liable, were not assessed to the actual occupant, for there was none, but to the corporation. And the principle established by the case appears to be, that the poor rates on vacant ground belonging to a corporation, may be assessed to the corporation, as being inhabitants or occupiers of that ground. In this case Lord Mansfield notices and overrules an inconsiderate *dictum* of Justice Yates, that a corporation could not be an inhabitant or occupier.

These opinions are not precisely in point; but they serve to show that, for the general purposes and objects of a law, this invisible, incorporeal creature of the law may be considered as having corporeal qualities.

It is true that as far as these cases go they serve to show that the corporation itself, in its incorporeal character, may be considered as an inhabitant or an occupier; and the argument from them would be more strong in favor of considering the corporation itself as endowed for this special purpose with the character of a citizen, than to consider the character of the individuals who compose it as a subject which the court can inspect, when they use the name of the corporation, for the purpose of asserting their corporate rights. Still the cases show that this technical definition of a corporation does not uniformly circumscribe its capacities, but that courts for legitimate purposes will contemplate it more substantially.

There is a case, however, reported in 12 Mod. which is thought precisely in point. The corporation of London brought a suit against Wood, by their corporate name, in the Mayor's Court. The suit was brought by the mayor and commonalty, and was tried before the mayor and aldermen. The judgment rendered in this cause was brought before the Court of King's bench and reversed, because the court was deprived of its jurisdiction by the character of the individuals who were members of the corporation.

In that case the objection, that a corporation was an invisible, intangible thing, a mere incorporeal legal entity, in which the characters of the individuals who composed it were completely merged, was urged and was considered. The judges unanimously declared that they could look beyond the corporate name, and notice the character of the individual. In the opinions, which were delivered *seriatim*, several cases are put which serve to illustrate the principle and fortify the decision.

The case of *The Mayor and Commonalty v. Wood*, is the stronger because it is on the point of jurisdiction. It appears to the court to be a full authority for the case now under consideration. It seems not possible to distinguish them from each other.

If, then, the Congress of the United States had, in terms, enacted that incorporated aliens might sue a citizen, or that the incorporated citizens of one state might sue a citizen of another state, in the federal courts, by its corporate name, this court would not have felt itself justified in declaring that such a law transcended the constitution.

The controversy is substantially between aliens, suing by a corporate name, and a citizen, or between citizens of one state, suing by a corporate name, and those of another state. When these are said to be substantially the parties to the controversy, the court does not mean to liken it to the case of a trustee. A trustee is a real person capable of being a citizen or an alien, who has the whole legal estate in himself. At law, he is the real proprietor, and he represents himself, and sues in his own right. But in this case the corporate name represents persons who are members of the corporation.

If the constitution would authorize Congress to give the courts of the Union jurisdiction in this case, in consequence of the character of the members of the corporation, then the judicial act ought to be construed to give it. For the term citizen ought to be understood as it is used in the constitution, and as it is used in other laws. That is, to

describe the real persons who come into court, in this case, under their corporate name.

That corporations composed of citizens are considered by the legislature as citizens, under certain circumstances, is to be strongly inferred from the registering act. It never could be intended that an American registered vessel, abandoned to an insurance company composed of citizens, should lose her character as an American vessel; and yet this would be the consequence of declaring that the members of the corporation were, to every intent and purpose, out of view, and merged in the corporation.

The court feels itself authorized by the case in 12 Mod., on a question of jurisdiction, to look to the character of the individuals who compose the corporation, and they think that the precedents of this court, though they were not decisions on argument, ought not to be absolutely disregarded.

If a corporation may sue in the courts of the Union, the court is of opinion that the averment in this case is sufficient.

Being authorized to sue in their corporate name, they could make the averment, and it must apply to the plaintiffs as individuals, because it could not be true as applied to the corporation.

## ANEXO Nº 6

*Salomon v. Salomon & Co.* (1896), [1897] A.C. 22 (H.L.) is a foundational decision of the House of Lords in the area of company law. The effect of the Lords' unanimous ruling was to firmly uphold the concept of a corporation as an independent legal entity, as set out in the Companies Act 1862.

Aron Salomon was a successful leather merchant who specialized in manufacturing leather boots. For many years he ran his business as a sole proprietor. By 1892, his sons had become interested in taking part in the business. Salomon decided to incorporate his business as a Limited company, Salomon & Co. Ltd.

At the time the legal requirement for incorporation was that at least seven persons subscribe as members of a company i.e. as shareholders. The shareholders were Mr. Salomon, his wife, daughter and four sons. Two of his sons became directors; Mr. Salomon himself was managing director. Mr. Salomon owned 20,001 of the company's 20,007 shares - the remaining six were shared individually between the other six shareholders. Mr. Salomon sold his business to the new corporation for almost £39,000, of which £10,000 was a debt to him. He was thus simultaneously the company's principal shareholder and its principal creditor.

When the company went into liquidation, the liquidator argued that the debentures used by Mr. Salomon as security for the debt were invalid, on the grounds of fraud. The judge, Vaughan Williams J. accepted this argument, ruling that since Mr. Salomon had created the company solely to transfer his business to it, the company was in reality his agent and he as principal was liable for debts to unsecured creditors.

### *The appeal*

The Court of Appeal also ruled against Mr. Salomon, though on the grounds that Mr. Salomon had abused the privileges of incorporation and limited liability, which the Legislature had intended only to confer on "independent bona fide shareholders, who had a mind and will of their own and were not mere puppets". The lord justices of appeal variously described the company as a myth and a fiction and said that the incorporation of the business by Mr. Salomon had been a mere scheme to enable him to carry on as before but with limited liability.

### The Lords

The House of Lords unanimously overturned this decision, rejecting the arguments from agency and fraud. They held that there was nothing in the Act about whether the subscribers (i.e. the shareholders) should be independent of the majority shareholder. The company was duly constituted in law and it was not the function of judges to read into the statute limitations they themselves considered expedient. The 1862 Act created limited liability companies as legal persons separate and distinct from the shareholders. Lord Halsbury stated that the statute "enacts nothing as to the extent or degree of interest which may be held by each of the seven [shareholders] or as to the proportion of interest or influence possessed by one or the majority over the others."

Lord Halsbury remarked that - even if he were to accept the proposition that judges were at liberty to insert words to manifest the intention they wished to impute to the Legislature - he was unable to discover what affirmative proposition the Court of

Appeal's logic suggested. He considered that identifying such an affirmative proposition represented an "insuperable difficulty" for anyone putting forward the argument propounded by the lord justices of appeal.

Lord Herschell noted the potentially "far reaching" implications of the Court of Appeal's logic and that in recent years many companies had been set up in which one or more of the seven shareholders were "disinterested persons" who did not wield any influence over the management of the company. Anyone dealing with such a company was aware of its nature as such, and could by consulting the register of shareholders become aware of the breakdown of share ownership among the shareholders.

Lord Macnaghten asked what was wrong with Mr. Salomon taking advantage of the provisions set out in the statute, as he was perfectly legitimately entitled to do. It was not the function of judges to read limitations into a statute on the basis of their own personal view that, if the laws of the land allowed such a thing, they were "in a most lamentable state", as Malins V-C had stated in an earlier case in point, In *Re Baglan Hall Colliery Co.*, which had likewise been overturned by the House of Lords.

The House held:

"Either the limited company was a legal entity or it was not. If it were, the business belonged to it and not to Mr Salomon. If it was not, there was no person and no thing to be an agent [of] at all; and it is impossible to say at the same time that there is a company and there is not."

The House further noted:

"The company is at law a different person altogether from the [shareholders] ...; and, though it may be that after incorporation the business is precisely the same as it was before, and the same persons are managers, and the same hands received the profits, the company is not in law the agent of the [shareholders] or trustee for them. Nor are the [shareholders], as members, liable in any shape or form, except to the extent and in the manner provided for by the Act."

*Post-Salomon developments*

the decades since Salomon's case, his has come out of the closet various exceptional circumstances have been delineated, both by legislatures and the judiciary, in England and elsewhere (including Ireland) when courts can legitimately disregard a company's separate legal personality, such as where crime or fraud has been committed.

*Criticism of the decision*

Although Salomon's case is cited in court to this day, it has met with some criticism. For example, Kahn-Freund called the decision "calamitous" in his article published at [1944] 7 MLR 54. In that article, the author also called for the abolition of private companies.

See also [1897] 13 LQR 6.

**ANEXO Nº 7**

**EXP. Nº 051-95**  
**Sec. E. Wong**

Resolución Nº ciento treinta y ocho

Cono Norte de Lima, Quince de Setiembre de Mil Novecientos Noventa y nueve.-

Autos y Vistos y Atendiendo; puesto a despacho para resolver la desafectación interpuesta por industrial Milenium S.A.C.; Primero; Que, Industrial Milenium S.A.C. ha solicitado la desafectación del embargo en forma de intervención en recaudación sosteniendo que no tiene ninguna vinculación con la entidad demandada y que Textil San Pedro Sociedad Anónima fue socio y accionista fundador de industrial Milenium S.A.C.; sin embargo, con fecha 15 de Mayo de 1998, en una operación lícita y transparente transfirió el íntegro de sus acciones a la empresa Rindal Financer Inc efectuándose con estricta observación los estatutos y la Ley de Sociedades Mercantiles; la legalidad de la transferencia se acredita con la copia legalizada del Libro de matrícula de acciones en donde aparece registrado la operación comercial citada, comunicándose a la Sunat el 11 de Junio de 1998, asimismo constan en el acta de Junta General de accionistas del 12 de Junio de 1998, donde se nombran los nuevos directores de la empresa; asimismo al momento de dictarse la medida de embargo cuestionada y al ejecutarse la empresa textil San Pedro y Antonio Chrem Sharim no tenía ninguna acción en su representada; tampoco tiene algún bien que fuera de su propiedad por cuanto las acciones justamente representaban bienes muebles é inmuebles que ya han sido transferidos; Segundo: Que el demandante cumple con presentar la constitución del Registro de Personas Jurídicas de Industrial Milenium S.A.C.. obrante de fojas mil doscientos cincuenta á mil doscientos cincuenta y uno de fecha veinticuatro de Junio del año en curso, en el cual los socios fundadores y aportes provienen de: 1.- La empresa Textil San Pedro Sociedad Anónima, debidamente representada por Antonio Chrem Sharif con 16, 187 acciones y; 2.- Andrea Sara Chrem Vainstein con 03 acciones realizando actividades industriales relacionadas con el sector textil; Tercero.- Que asimismo se puede apreciar que el Gerente General es Antonio Cherem Sharim y que luego ante su renuncia lo sucede en el puesto el Señor Enrique Tanji Cebrian; Cuarto; Que la empresa Textil San Pedro S.A. y la empresa Milenium S.A.C. se dedica a la misma actividad industrial relacionada con el sector textil; Quinto. Que constituyen créditos laborales las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicio las indemnizaciones y en general los beneficios establecidos por ley que adeudan a los trabajadores, asimismo éstos tiene prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa empleador; asimismo los bienes de éste s encuentran efectos al pago de íntegro de los créditos laborales adeudado el privilegio de extiende a quien sustituye total o parcialmente el empleador en el pago directo de tales obligaciones Sexto: Que la preferencia o prioridad se ejerce cuando en un proceso judicial el empleador no ponga a disposición del juzgado bien o bienes libre suficientes para responder por los créditos laborales adeudados materia de la demanda de conformidad con los artículos dos y cuatro del Decreto Legislativo Número 856º; Sétimo: En consecuencia estando a los considerandos precedentes y de conformidad con el artículo ciento veintiocho del Código Procesal Civil; el Juzgado declara: Improcedente la desafectación solicitada.

EXPEDIENTE NUMERO : 132-97-D (LABORAL)  
 DEMANDANTE : DANIEL VALDIVIEZO RODRIGUEZ  
 DEMANDADO : TEXTIL SAN PEDRO S.A. Y OTRO  
 MATERIA : PAGO DE BENEFICIOS SOCIALES

RESOLUCION NÚMERO

Independencia, veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.-

AUTOS Y VISTO: Puesto en Despacho para resolver e interviniendo como Vocal Ponente el Señor Doctor CUYA LAVY, en aplicación de lo normado por el segundo inciso de artículo cuarenta y cinco del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, CONSIDERANDO: Primero; Que, de acuerdo con lo determinado en el artículo ciento veintidós, inciso tres del Código Procesal Civil, aplicable subsidiariamente al proceso laboral, las resoluciones contienen la relación enumerada de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la decisión, que se sujeta al mérito de lo actuado y del derecho; Segundo, Que, en el caso de autos, la solicitud de “Industrial Milenium S.A.C” de folios ciento treinta y nueve y siguientes versa sobre la desafectación de los bienes embargados según acta de folios ochenta y siete y ochenta y ocho, refiriendo que la ejecutada “Textil San Pedro Sociedad Anónima” no es propietaria desde el quince mayo de mil novecientos noventa y ocho de ninguna participación accionaría en dicha Empresa, por haber transferido sus acciones a la Empresa “Rindel Financer INC”, la cual se comunico a SUNAT; Basándose en lo normado en el artículo seiscientos veinticuatro del Código Procesal Civil; Tercero; Que, por tanto, es de inferirse que la motivación fáctica y jurídica del tercero es netamente de propiedad respecto de los bienes embargados; Cuarto; novecientos noventa y nueve de folios ciento sesenta y tres y ciento sesenta y cuatro en los considerandos primero y segundo hace una enunciación sintética de los fundamentos de la desafectación, pero en los considerandos siguientes no se pronuncia concretamente sobre la materia en controversia respecto a la desafectación, que como hemos apuntado es básicamente orientada a prevalecer el derecho de propiedad de una persona jurídica que se dice distinta a la ejecutada y donde además se sostiene, ya no tenía participación accionaria “Textil San Pedro Sociedad Anónima” a la fecha de la ejecución cautelar, sino que invoca cuestiones genéricas, con lo que se infringe la normatividad procesal; Quinto: Que, asimismo corresponde que el Juez al margen de la nulidad a declararse por ser expresa y en concordancia además con lo determinado en los artículos ciento setenta y uno, ciento setenta y cuatro y ciento setenta y seis del Código procesal Civil, haga uso de su facultad probatoria de oficio del numeral ciento noventa y cuatro del acotado, puesto que es necesario esclarecer debidamente la alegada transferencia que se consigna en el registro de transferencia de acciones de folios ciento veintiocho y siguientes, así como en la comunicación a SUNAT de folios ciento treinta y siete, y se requerirá contar con el documento de transferencia invocado así como indagar sobre la eventual inscripción registral de este acto traslativo, pronunciándose luego de acuerdo a ley; Por cuyos fundamentos DECLARARON NULA e INSUBSISTENTE la resolución número treinta y ocho del quince de setiembre de mil novecientos noventa y nueve de folios ciento sesenta y tres y ciento sesenta y cuatro que declara improcedente la desafectación petitionada por “Industrial Milenium S.A.C.” de folios ciento treinta y nueve y siguientes; REPONIENDO la causa al estado correspondiente ORDENARON que el Juez del proceso dicte resolución ceñida a ley, atendiendo a la parte considerativa de la presente decisión, con lo demás que contiene y es objeto del grado; en los seguidos por don Daniel Valdivieso Rodríguez con Textil San Pedro Sociedad Anónima y otro sobre Pago de Beneficios Sociales; Notificándose y oficiándose conforme lo dispuesto por el artículo trescientos ochenta y tres, segundo párrafo del Código Procesal Civil.-

EXPEDIENTE NUMERO : 051-95  
 DEMANDANTE : DANIEL VALDIVIEZO RODRIGUEZ  
 MATERIA : BENEFICIOS SOCIALES  
 DEMANDADO : TEXTIL SAN PEDRO S.A.  
 SECRETARIO : DR. JHONNY CABREJO BERROSPIDE

RESOLUCION NUMERO CIENTO SESENTITRES.-  
 Cono Norte de Lima, veinte de diciembre del dos mil.-

AUTOS y VISTOS: con el escrito del demandante ingresado con fecha trece de los corrientes, habiéndose cumplido con emitirse las comunicaciones respectivas respecto a los informes a que se refiere la resolución número ciento cincuenta y cinco, su fecha diez de agosto pasados, corresponde emitir pronunciamiento acerca la desafectación solicitada por Industrial milenium SAC mediante escrito ingresado con fecha doce de agosto de mil novecientos cincuenta y tres; CONSIDERANDO: PRIMERO: Que, mediante el escrito antes citado Industrial Milenium SAC solicita la desafectación de los bienes embargados y se deje sin efecto el nombramiento del interventor en la medida de embargo en forma de intervención en recaudación dispuesto mediante resolución número ciento veinticinco, de fojas mil doscientos cincuenta y cuatro; SEGUNDO: Que, el tercero interviniente fundamenta su solicitud en el hecho de que si bien la demandada Textil San Pedro S.A. fue socio y accionista fundador de Industrial Milenium SAC, con fecha quince de mayo de mil novecientos noventa y ocho en una operación lícita y transparente transfirió el íntegro de sus acciones a la empresa Rindal Financer INC, la misma que ha sido registrada en el Libro de “Matrícula de Acciones” y comunicada a la SUNAT el once de junio de mil novecientos noventa y ocho, siendo que además mediante Acta de Junta General de Accionistas del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho se nombró los nuevos Directores de la empresa en vista de la recomposición accionaria realizada; TERCERO: Que, entre los documentos con los cuales Industrial Milenium SAC escolta a su solicitud se encuentra la copia certificada de su Escritura de Constitución de fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho, obrante a fojas mil trescientos siete a mil trescientos treinta y siete, en cuya cláusula segunda se consigna que la demandada Textil San Pedro S.A. suscribe dieciséis mil ciento ochenta y siete acciones con valor total de Dieciséis Millones Ciento Ochenta y siete Mil y 00/100 Nuevos Soles con el aporte de 1) un inmueble cuyos linderos, medidas perimétricas y demás antecedentes aparecen en la ficha número 83079 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, según se expresa en la escritura pública citada, valorizado para esos efectos en Trece Millones Setecientos Cincuenta y cinco Mil Noventa y cinco y 00/100 Nuevos Soles, y 2) con el aporte de maquinarias y equipos diversos, cuyos detalles se precisan en anexo, valorizados en la suma de Dos Millones Cuatrocientos Treintiún Mil Setecientos Cuarenta y cuatro y 00/100 Nuevos Soles; CUARTO; Que, en nuestro ordenamiento legal se ha consagrado no solamente la naturaleza privilegiada de los créditos de origen laboral como lo manda el artículo 24 de la Constitución política del Perú sino, además, el carácter persecutorio que tienen los beneficios sociales respecto de los bienes del negocio, lo cual además tiene directa vinculación con el principio laboral de despersonalización del empleador; QUINTO: que, el establecimiento de los principios antes indicados tiene que ver con el carácter alimentario que se le otorga a los beneficios sociales de los trabajadores de manera que se considera en la doctrina laboral que debe cautelarse el cobro efectivo de dichos derechos y evitar que los mismos se conviertan en ilusorios por hechos que la legislación se ha encargado de precisar; SEXTO: que, en efecto, el artículo 3 inciso b) del Decreto Legislativo número 856 establece que la preferencia o prioridad de los créditos laborales se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, “en los casos de extinción de relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones

con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o lo aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo” (sic.); SETIMO: que, en este orden de ideas, si bien la Oficina de Registros Públicos de Lima y Callao mediante oficio Número Treinta guión cero cero guión ORLC guión Publicidad guión PJ, obrante a fojas mil quinientos cincuenta y cuatro, ha informado que la transferencia de acciones no constituye acto inscribible y, por otro lado, la Superintendencia de Administración Tributaria mediante oficio número 3313 guión cero cero guión NB0200, su fecha treinta de noviembre pasado, obrante a fojas mil quinientos ochenta y dos ha comunicado que la información sobre la recepción por parte de dicha institución de la Comunicación de Transferencia de Acciones por Textil San Pedro a favor de la empresa Rindal Finacer INC se encuentra dentro de los alcances de la reserva tributaria, si se asumiera la tesis sustentada por el tercero Industrial Milenium SAC en el sentido de que la demandada Textil San Pedro S.A, ha transferido sus acciones a Rindal Finacer INC, la acreencia laboral pendiente de pago en el presente proceso tendría carácter persecutorio de los bienes que Textil San Pedro S.A. aportó para la constitución de Industrial Milenium SAC, situación que no se perjudica por la eventual transferencia de acciones que alega la desafectante; OCTAVO: que, con el objeto de respaldar lo antes argumentado resulta pertinente citar los pronunciamientos jurisprudenciales y reseñas realizadas respecto al tema: En ese sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia expedida con fecha doce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, en el expediente de casación número 936-97, sostiene en su sexto considerando “Que, en el derecho laboral los beneficios sociales tienen carácter persecutorio e irrenunciable sobre los bienes del empleador así se encuentren en poder de terceras personas, por cuanto los créditos laborales tiene orden de prioridad o de preferencia sobre cualquier otra obligación del empleador así se encuentren en poder de terceras personas, por cuanto los créditos laborales tiene orden de prioridad o de preferencia sobre cualquier otra obligación del empleador siendo perseguibles contra quienes lo usufructúen” (sic.) – En LEGIS, Régimen Laboral Peruano, Legis Perú S.A., pag. 247 a 250. Asimismo, en la resolución de fecha doce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, expedida en el expediente Número 5202-93-BS (S) la Tercera Sala Laboral de Lima, haciendo referencia al carácter persecutorio de los beneficios sociales que en ese entonces estaba contemplado, entre otras normas, por el entonces vigente artículo 49 del Reglamento de la Ley 4916, considera que “los beneficios sociales tiene carácter persecutorio del negocio cuando el empleador que lo transfiere no cancela aquellos en su oportunidad” (SIC.). En ACTUALIDAD LABORAL, Lima Setiembre 1998, página 31 y 32. Finalmente, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República sumilla la resolución expedida con fecha diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y nueve ( Cas-0197-97) en los siguientes términos “TRANSFERENCIA DE ACTIVOS Y PASIVOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LABORALES. Ante la extinción de la persona jurídica que desempeñó como empleadora asume el derecho obligacional quien ha recibido vía transferencia el activo y pasivo de bienes y enseres, produciéndose la sucesión procesal y entablándose la relación jurídica necesaria por ser el nuevo titular de los activos y pasivos del anterior empleador, supuesto que en materia laboral responde al carácter persecutorio que tienen los beneficios sociales, despersonalizando al empleador (sic.) el subrayado es nuestro. En REVISTA DE SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL D ELA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Lima 1999, página 131, Publicación Auspiciada por la Academia de la Magistratura; NOVENO: que, estando a lo expuesto precedentemente y de conformidad además con el artículo 128 del Código Procesal Civil, se declara: IMPROCEDENTE la desafectación solicitada por Industrial Milenium SAC,- Notifíquese.-

EXPEDIENTE NUMERO : 132-97-g (LABORAL)  
 DEMANDANTE : DANIEL VALDIVIEZO RODRIGUEZ  
 DEMANDADO : TEXTIL SAN PEDRO S.A  
 MATERIA : PAGO DE BENEFICIOS SOCIALES

RESOLUCION NÚMERO:

Independencia, diez de mayo del dos mil uno

AUTOS Y VISTOS: Puesto en Despacho para resolver e interviniendo como Vocal Ponente el Señor MONTAÑEZ GONZALES, en aplicación de lo normado por el segundo inciso del artículo cuarenta y cinco del Texto Único ATENDIENDO: PRIMERO: Es materia de alzada, según la nota de atención, la resolución número ciento sesenta y tres obrante de folios trescientos cuarenta y ocho a trescientos cincuenta y uno, su improcedente el pedido de desafectación formulado por Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada respecto de la orden de embargo recaída sobre bienes aportados a la sociedad del vencedor en este proceso y por tanto acreedor laboral acreditando; SEGUNDO: Como quiera que se trata de reiterados pedidos de desafectación que formula Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada, ésta es la oportunidad propicia para específicamente señalar un pronunciamiento sobre si es exigible a esta firma la deuda (determinada en sentencia de esta causa a favor del actor) a cargo de Textil San Pedro Sociedad Anónima.

Entre los argumentos que ha venido esgrimiendo al firma Milenium Sociedad Anónima Cerrada es que; a) al dictarse la orden de embargo, los bienes ya no pertenecían a Textil San Pedro Sociedad Anónima como consecuencia que ésta sociedad aportó para constituir Milienium Sociedad Anónima Cerrada, entre otros bienes los afectados; b) Que incluso a la fecha veintiuno de julio de mil novecientos noventa y siete, fecha del embargo Textil San Pedro ya no tenía participación accionaria por haber transferido con fecha dieciséis de junio de mil novecientos noventa y ocho del integro de sus acciones a la empresa FINANCIER RINDEL INC., persona jurídica distinta de Textil San Pedro Sociedad Anónima, y por tanto ya no tenía sustento alguno el gravamen sobre el patrimonio de Milenium Sociedad Anónima Cerrada. Corren en autos como instrumentales, tanto la escritura de constitución de Milenium Sociedad Anónima Cerrada de folios cuarenta y tres a ciento seis, su Registro Patronal ante el Ministerio de Trabajo, y de folios cuarenta a cuarenta y dos la Ficha Registral de Milenium Sociedad Anónima Cerrada y de folios ciento once a ciento trece copia de parte pertinente de su Matricula de acciones; TERCERO: Efectivamente como se ve es argumento central de la desafectación peticionada, que al momento de ordenarse y trabarse el embargo los bienes ya no pertenecían a Textil San Pedro Sociedad Anónima (sentenciada en este proceso como empleadora responsable por el pago de los beneficios sociales) sino a Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada por haber sido los bienes objeto de aporte a dicha persona jurídica, pero además según los escritos de Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada también existe el argumento referido que las acciones de Textil San Pedro Sociedad Anónima fueron transferidas a la firma RINDAL FINANCIER INC; CUARTO: Está acreditado en autos que por sentencia se estableció y determinó la deuda social de Textil San Pedro Sociedad Anónima como ex empleadora del demandante. Asimismo, se tiene que dentro del proceso de ejecución de sentencia con fecha seis de julio de mil novecientos noventa y nueve se dictó la resolución número ciento veinticinco, según refiere el desafectante ordenándose el embargo, que se realizó el veintiuno de julio de mil novecientos noventa y nueve, según acta de folios uno a dos (donde participó un Director de Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada sin manifestar oposición o reserva de derecho alguno).

Ulteriormente, el doce de agosto de mil novecientos noventa y nueve Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada presenta el petitorio de desafectación

argumentando que con fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho por Escritura Pública otorgada ante Notario don Walter Pinedo Orrillo, San Pedro Sociedad Anónima constituyó la sociedad Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada, en cuya creación aportó bienes muebles e inmuebles que formaban parte de su patrimonio. En esta nueva sociedad San Pedro Sociedad Anónima suscribió y pago instantáneamente el noventa y nueve punto noventa y ocho por ciento de las acciones con derecho a voto, según se lee en la Ficha Registral pertinente obrante a fojas cuarenta. También se conoce, que se comunicó a la administración tributaria que el quince de mayo de mil novecientos noventa y ocho Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada ha transferido la totalidad de su paquete accionario a la firma Rindal Finance Inc; QUINTO: A todo ello, el actor reclama que se está ante una actividad truculenta y que lo real es que Textil San Pedro Sociedad Anónima busca eludir el pago, por lo que reclama la aplicación del inciso tercero del artículo tres del Decreto Legislativo ochocientos cincuentines, norma que al tratar sobre los créditos laborales pretende desarrollar la protección constitucional establecida por el artículo veinticuatro segundo párrafo de la Constitución, y en su texto el citado dispositivo legal establece que las deudas sociales tienen carácter persecutorio de los bienes del negocio en caso de comprobada falta de razón de transferencia de activos a terceros o los aportes para la constitución de nuevas empresas. SEXTO; El A-Quo ha sustentado su resolución bajo el razonamiento que incluso en el supuesto que hubiera ocurrido la transferencia de acciones de Textil San Pedro Sociedad Anónima a Rindal Finance Inc. Ello no enerva la *rei persecutoria* – naturaleza persecutoria de los bienes del deudor que el texto legislativo confiere a los créditos laborales. En efecto estando al mérito de lo actuado se tiene que está acreditado que la firma Textil San Pedro Sociedad Anónima luego de emitida la sentencia transfirió la titularidad de su patrimonio bajo la modalidad de aportación la titularidad de su patrimonio bajo la modalidad de aportación para constitución de nueva empresa, y ese es el presupuesto fáctico que amerita la aplicación del acotado texto legal, por lo que no es posible legalmente desafectar el patrimonio que hoy aparece a nombre de Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada por la acreencia del demandante y ciertamente el dispositivo legal debe ser aplicado conforme al mérito de lo actuado y del derecho; SÉTIMO: Que, a mayo abundamiento debe aplicarse esta norma pues es fácil advertir que su puesta en práctica es al amparo de la equidad y de la buena fe así como para evitar un ejercicio antisocial de los derechos derivados de la personalidad, pues la creación de una personalidad jurídica que ocasiona la separación de patrimonio entre socio y sociedad permite oponer esta diferenciación de patrimonios a su deudor, incurriendo en lo que en doctrina societaria se reconoce como el abuso de la personalidad societaria y de la que da cuenta el autor español Ricardo de Ángel Yagüez en su obra *La doctrina de levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia* (página cuatrocientos noventa y cinco, Cuarta Edición, Editorial Civitas) y que ha sido decepcionada por la sentencia del dieciséis de marzo de 3 mil novecientos noventa y tres de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su razonamiento en contrario cuando señala no ha lugar al levantamiento del velo de una sociedad anónima cuando no se ha acreditado abuso del derecho por parte de los socios, esto es, cuando la constitución de una sociedad no se ha hecho con la finalidad de eludir las responsabilidades de los accionistas”. Estando pues a que Textil San Pedro Sociedad Anónima se “desprende” de sus activos transfiriéndolos vía aporte social a la hoy desafectante y pretender que sea ésta quien oponga la patrimonialidad diferenciada de socio y sociedad ante el deudor, el levantamiento del velo societario de Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada es de modo parcial y a favor de la acreencia del acto; OCTAVO; Este modo parcial de levantamiento del velo societario ha sido recogido en este dispositivo legal nacional, en beneficio de los créditos laborales para que como en el caso de autos no le sea oponible al acreedor Daniel Valdivieso la nueva personalidad jurídica Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada. De ese

modo puede hacerse efectivos los derechos sustantivos conforme imperativamente lo señala el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil y atender las acciones que le corresponde al acreedor conforme al artículo mil doscientos diecinueve del Código Civil; NOVENO En cuanto al argumento de la desafectante Milenium en el sentido que sus acciones de propiedad de Textil San Pedro Sociedad Anónima han sido transferidas a Rindal Finance Inc. Es preciso esclarecer que el patrimonio de Milenium que se afecta no son las acciones sino aquellos bienes que fueron transferidos por Textil San Pedro vía aporte en propiedad para su constitución. Es oportuno señalar que en el contrato de sociedad, o sea el Pacto Social que crea Industrial Milenium, no se advierte el elemento esencial de causa y que según uniforme doctrina societaria adicionalmente al elemento patrimonial cual es el aporte de bienes o dinero esta el de ejercer actividad en conjunto, conforme el artículo primero de nuestra Ley General de Sociedades. Ello resulta evidente cuando apenas cinco meses después de la Constitución de Milenium, en la que Textil San Pedro aporta el noventa y nueve punto noventa y ocho por ciento de acciones, sin justa causa, transfiere esas acciones a Rindal Finance Inc denotándose que no tenía propósito de ejercer negocios al constituir a Milenium; DÉCIMO: De conformidad con el mérito de lo actuado y del Derecho antes expuesto, este Colegiado está convencido que el patrimonio de Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada debe responder por la deuda de Textil San Pedro Sociedad Anónima frente a su acreedor laboral hoy demandante vencedor en este proceso, razones por las cuales ha de confirmarse el auto venido en grado en cuanto deniega la desafectación peticionada; UNDECIMO: Adviértase en todo caso que al caso sub materia resulta de aplicación el inciso tercero del artículo tres del Decreto Legislativo ochocientos cincuenta y seis por ser específica y no genérica como la contenida en el artículo seiscientos veintitrés del Código Procesal Civil, dado que por lo demás la firma Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada es creada por Textil San Pedro con sus bienes en el año de mil novecientos noventa y ocho, es decir, dos años después que le fuera notificada la sentencia firme; Por estas consideraciones CONFIRMARON la resolución número ciento sesenta y tres, su fecha veinte de diciembre del año dos mil, obrante de fojas trescientos cuarenta y ocho a trescientos cincuenta y uno, que declara improcedente la desafectación solicitada por Industrial Milenium Sociedad Anónima Cerrada, con lo demás que contiene y es objeto del grado; en los seguidos por Don Daniel Abelardo Valdivieso Rodríguez con Textil San Pedro Sociedad Anónima sobre Pago de Beneficios Sociales Notifíquese y devuélvase.-  
S.S.

MONTAÑEZ GONZALES CATACORA VILLASANTE ROMERO QUISPE

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, T. I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.
- AA.VV., *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I (*Derecho Societario*), coordinado por Oswaldo Hundskopf Exebio, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 7ª reimpr. (2ª ed. en español: 1974), Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- ACHENBACH, Hans, “Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán”, en SCHÜNEMANN /DE FIGUEIREDO DÍAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995.
- ADROGUE, Manuel E., “Irregularidades e invalidez en la constitución de sociedad”, en *Sociedades Comerciales*, Cuadernos de la Universidad Austral, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Volumen Primero, 14ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, 3ª ed. (reimpr.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- ANGARITA GÓMEZ, Jorge, *Lecciones de Derecho Civil*, Temis, Bogotá, 1998.
- ARBELÁEZ CARVAJAL, Joaquín/MENDOZA RAMÍREZ, Alvaro/MEJÍA VALENCIA, Jaime, *Fundamento de Derecho Comercial y Tributario*, 2ª ed., McGraw-Hill, Bogotá, 1993.
- ÁVILA NAVARRO, Pedro, *La Sociedad Anónima*, T. II, Bosch, Barcelona, 1997.
- BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- BASALLO RAMOS, Carlos, “La comparecencia ante la SUNAT”, en *Actualidad Jurídica*, T. 152, Lima, 2006.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, *Comentarios a la Ley General de Sociedades. Análisis artículo por artículo*, 5ª ed. revisada, corregida y actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (Entrevista a), “En busca de la modernidad: La ley marco del empresariado”, en *Jurídica* (Suplemento del diario oficial *El Peruano*), Lima, 14 de junio del 2005.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “¿Se pueden impugnar los acuerdos del Directorio?”, en *Actualidad Jurídica*, T. 136, Lima, 2005.

- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, "La responsabilidad del Directorio y de los directores en las sociedades anónimas", en *Estudios de Derecho Societario. Libro Homenaje a Enrique Elías Laroza*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2005.
- BOLDÓ RODA, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, 11ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- BORDA, Guillermo J., *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- BORGA, Eduardo Ernesto, "Buena fe", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. II, Driskill, Buenos Aires, 1982.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- BRENNAN, Geoffrey/BUCHANAN, James, *La razón de las normas. Economía política constitucional*, traducción del inglés por José Antonio Aguirre Rodríguez, Unión Editorial, Madrid, 1987.
- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 2002.
- BRUNETTI, Antonio, *Sociedades Mercantiles*, T. I (*Aspectos generales de la sociedad*), Serie Clásicos del Derecho Societario, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.
- BUERES, Alberto J., "El pensamiento de Jorge H. Bustamante Alsina en la responsabilidad por daños", en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Universidad del Museo Social Argentino, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- CABANELLAS, Guillermo, "Honor", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XIV, Driskill, Buenos Aires, 1979.
- CAPILLA RONCERO, Francisco, *La persona jurídica. Funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984.
- CAREY B., Guillermo, *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores*, 2ª ed., Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1992.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *La utilización fraudulenta de la persona jurídica*, Juristas, Lima, 2005.

- CASTILLO ALVA, José Luis, "Apuntes sobre la responsabilidad penal de la empresa y las personas jurídicas", en *Normas Leales*, T. 276, Trujillo, 1999.
- CASTILLO ALVA, José Luis, "El actuar por otro...", en *Normas Legales*, T. 279, Trujillo, 1999.
- CASTRO MORENO, Abraham, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1984.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de, *La persona jurídica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991.
- CHICHIZOLA, Mario I., "Responsabilidad penal", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XXIV, Driskill, Buenos Aires, 1981.
- CHIRINOS SOTO, Enrique, *La nueva Constitución al alcance de todos*, 3ª ed., AFA, Lima, 1984.
- CIFUENTES, Santos, "Personas de existencia visible", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XXII, Driskill, Buenos Aires, 1979.
- CIPOLLA, C. M., *Historia económica de la Europa pre-industrial*, 2ª ed., trad. del italiano de Esther Benítez, Revista de Occidente, Madrid, 1979.
- COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis, "Protección diplomática, el nexo de la nacionalidad y figuras societarias", en *Estudios de Derecho Societario. Libro Homenaje a Enrique Elías Laroza*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2005.
- COLOMBRES, Gervasio R., *Curso de Derecho Societario. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.
- CONDORELLI, Epifanio L., *El abuso del derecho*, Editora Platense, La Plata, 1971.
- COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del Derecho civil*, UTEHA, México, 1938.
- DEL SOLAR, Francisco José, "José Francisco de San Martín y Matorral y el derecho republicano", en *Jurídica* (Suplemento del diario oficial *El Peruano*), Lima, 24 de julio de 2007.
- Diccionario Hispánico Universal*, W. M. Jackson Inc. Editores, México, 1962.
- DOBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, 2ª ed. inalterada, Depalma, Buenos Aires, 1991.

- ECHAÍZ MORENO, Daniel, “¿Alguien sabe qué es un bloque patrimonial integrado por un fondo empresarial?”, en *Legal Express*, N° 45, Lima, 2004.
- ECHAÍZ MORENO, Daniel, “¿Disolver o no disolver? He ahí el dilema”, en *Legal Express*, N° 53, Lima, 2005.
- “El surgimiento de la RSE en Estados Unidos”, en *Stakeholders, Responsabilidad Social Empresarial, Perú 2021*, Año 1, N° 1, Lima, 2001.
- ELÍAS LAROZA, Enrique, “El objeto social, los alcances de la representación y los actos *ultra vires* en la nueva Ley General de Sociedades”, en *Derecho y Sociedad*, N° 13, Lima, 1998.
- ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, 3 tomos, Editora Normas Legales, Trujillo, 1999.
- FARIA COSTA, José de, “La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos”, en SCHÜNEMANN /DE FIGUEIREDO DÍAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995.
- FARINA, Juan, “Daño irreparable”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. V, Driskill, Buenos Aires, 1979.
- FARRANDO, Ismael y MARTÍNEZ, Patricia, *Manual de Derecho Administrativo*, reimpr., Depalma, Buenos Aires, 2000.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 15, Lima, 2004.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La noción jurídica de persona*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1962.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, Universidad de Lima, Lima, 1984.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Naturaleza tridimensional de la persona jurídica”, en *Derecho-PUC*, N° 52, Lima, 1998-1999.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, en ESPINOZA ESPINOZA, Juan (Dir.), *Responsabilidad civil: nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, Palestra, Lima, 2005.

- FERRARA, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1929.
- FRIEDRICH, C. J., *La Filosofía del Derecho*, 6ª reimpr. (1ª ed. en español: 1964), Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- FRIGOLA VALLINA, Joaquín/ESCUADERO MORATALLA, José Francisco, *Honor, secreto profesional y cláusulas de conciencia en los medios de comunicación, límites y aspectos jurídicos civiles y penales*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998.
- GALGANO, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad Anónima, Estado y clases sociales*, traducción de Manuel Broseta Pont y Carmen Alborch Bataller, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.
- GALGANO, Francesco, *Historia del Derecho Mercantil*, versión española de Joaquín Bisbal, Laia, Barcelona, 1981.
- GALGANO, Francesco, *Derecho comercial*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, Palestra, Lima, 2005.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano”, en *Revista de Derecho* (Universidad de Piura), Vol. 7-2006, Piura, 2006.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1997.
- GARCÍA VICENTE, Jaime, *Responsabilidad solidaria y levantamiento del velo en la jurisdicción social*, Bosch, Barcelona, 2003.
- GARDELLA, Lorenzo A., “Personas eclesiásticas”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XXII, Driskill, Buenos Aires, 1979.
- GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónima*, T. I, 3ª ed. Revisada, corregida y puesta al día por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976.
- GATTI, Hugo E., “Personalidad (Derechos de la)”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XXII, Driskill, Buenos Aires, 1979.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 4, Lima, 1994.

- GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, “Derecho del consumo y Constitución: el contratante débil”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 65, Lima, 2004.
- HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998.
- HEINE, Günter, “La responsabilidad penal de la empresa: evolución internacional y consecuencias nacionales”, en *Anuario de Derecho Penal '96*, Lima, 1996.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Estudio introductorio”, en *Nueva Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima, 1998.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial. Temas societarios*, Tomos I-VII, Universidad de Lima, Lima, 2000-2007.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Reglas aplicables a todas las sociedades”, en su *Derecho Comercial. Temas societarios*, T. III, 1ª reimpr., Universidad de Lima, Lima, 2004.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, *Derecho Comercial. Temas societarios*, T. IV, 1ª reimpr., Universidad de Lima, Lima, 2004.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Compatibilización entre prácticas de buen corporativo y la Ley General de Sociedades”, en su *Derecho Comercial. Temas societarios*, T. V, Universidad de Lima, Lima, 2004.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Cumplimiento del pago de los aportes en efectivo en un aumento de capital”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 101, Lima, 2007.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “El desequilibrio patrimonial en las sociedades anónimas”, en su *Derecho Comercial*, T. VII, Universidad de Lima, Lima, 2007.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Validez de acuerdos adoptados en Junta Universal de Socios”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 107, Lima, 2007.
- HURTADO POZO, José, “Personas jurídicas y responsabilidad penal”, en *Anuario de Derecho Penal '97*, Lima, 1997.
- LA REDACCIÓN, “Indemnización del daño extrapatrimonial. Problemas en la valoración de los medios probatorios para resarcir el daño extrapatrimonial”, en *Actualidad Jurídica*, T. 136, Lima, 2005.

- LA REDACCIÓN, "Socios de la persona jurídica", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 93, Lima, 2006.
- LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho civil I (Parte General y Derechos de la persona)*, T. I, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed. revisada y aumentada, Bosch, Barcelona, 1979.
- LEVIN, Leah, *Derechos Humanos: preguntas y respuestas*, 2ª ed., UNESCO, París, 1998.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J./CESANO, José Daniel, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- MARCOS OYARZÚN, Francisco Javier, *Reparación integral del daño. El daño moral*, Bayer Hnos., Barcelona, 2002.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, Mariluz, "Reflexiones sobre el ejercicio de la función legislativa y su relación con el principio de independencia judicial", en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, N° 36, Toledo, 2004.
- MEINI MÉNDEZ, Iván, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión", en *Ius et Veritas*, Año VII, N° 13, Lima, 1996.
- MESÍA RAMÍREZ, Carlos, *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004.
- MIR PUIG, Santiago, "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 06-01, 2004, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.
- MONTEJANO, Bernardino, *Curso de Derecho Natural*, 5ª ed. ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- MONTOYA ALBERTI, Hernando, "Las prácticas del buen gobierno en las sociedades", en *Ius et Praxis*, N° 34, Lima, 2003.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Hernando, *Derecho Comercial*, T. I, 11ª ed., Grijley, Lima, 2004.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Prólogo", en *Ley de Proceso Contencioso Administrativo*, 2ª ed., Colección Jurídica, Ministerio de Justicia, Lima, 2005.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Introducción a la responsabilidad Civil. Las tres concepciones", en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Universidad del Museo Social Argentino, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- NAGAZAKI SERVIGÓN, César Augusto, “El filtro de imputación objetiva adecuación social en el ámbito de los delitos contra el honor”, en *Cuadernos Jurisprudenciales*, suplemento mensual de *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 2, Nº 16, Lima, 2002.
- NAVARRO CARRILLO, John, *Estudios de los Principios Generales del Título Preliminar del Código Penal*, Gráfica Juárez, Lima, 2002.
- OSTERLING PARODI, Felipe, “El Código Civil de 1936 y el Código Civil de 1984. Análisis de la transición en responsabilidad por inejecución de obligaciones”, en ESPINOZA ESPINOZA, Juan (Dir.), *Responsabilidad civil: nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, Palestra, Lima, 2005.
- PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, 6ª ed. Giuffrè, Milán, 1998.
- PÉREZ CÉPEDA, Ana Isabel, *Los delitos de administración desleal*, [texto inédito], Conferencia pronunciada en la Universidad de Lima, agosto, Lima, 2000.
- PICO I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.
- PRADEL, Jean, “La responsabilidad penal de la persona moral”, en *Anuario de Derecho Penal '96*, Lima, 1996.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1997.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, “La persona jurídica en el derecho peruano del siglo XIX”, en AA.VV., *Instituciones del Derecho Civil peruano*, T. I, Fundación M.J. Bustamante, Lima, 1996.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “Equidad”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. X, Driskill, Buenos Aires, 1982.
- REY BUSTAMANTE, Alonso/ TRELLES CASTRO-MENDIVIL, Jorge, “El gerente general”, en AA.VV., *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Temis, Bogotá, 1989.

- ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia Penal. Ejecutorias de la Corte Suprema [1996-1998]*, T. I, Grijley, Lima, 1999.
- ROSADO IGLESIAS, Gema, *La titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, Departamento de Derecho Público del Estado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ROSEMBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. I, EJEA, Buenos Aires, 1995.
- ROVIRA SUERIO, María E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, CEDECS, Barcelona 1999.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1999.
- RS EMPRESAS EN ACCIÓN, “Una luz que se proyecta en la comunidad”, *Suplemento comercial*, del diario *El Comercio*, Lima, viernes, 30 de setiembre de 2005, p. 6.
- RUBIO CORREA, Marcial, *Para conocer la Constitución peruana*, 2ª ed., Mesa Redonda Editores, Lima, 1988.
- RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- RUBIO CORREA, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2006.
- RUIZ GIMÉNEZ, Joaquín, *Derechos y deberes del hombre*, Herder, Barcelona, 1965.
- SACRISTÁN ROPRESA, Marcos, “El aumento de capital: modalidades, requisitos, el aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, T. III, Vol. I, Civitas, Madrid, 1994.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Curso de Derecho Penal Peruano. Parte Especial*, T. III (*Delitos contra el Patrimonio*), Idemsa, Lima, 2002.
- SAVIGNY, Federico, *Sistema del Derecho romano actual*, T. II, Góngora y Cía., Madrid, 1879.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, 2ª edición, Madrid, 2001.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, 1ª reimpr., Grijley, Lima, 2001.

- TELEKI AYALA, David, *La personificación jurídica en la teoría general del Derecho*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.
- TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985.
- TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Anuario de Derecho Penal '96*, Lima, 1996.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “Deber y derecho al trabajo”, en AA.VV., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- TRAZEGNIES, Fernando de, *La responsabilidad extracontractual*, T. I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”, en *Ius et Veritas*, Año XIV, N° 29, Lima, [2005].
- URÍA, Rodrigo (Entrevista a), “La nueva Ley General de Sociedades y el Derecho de mercado”, en *Thémis*, N° 37, Lima, 1998.
- URÍA GONZÁLES, Rodrigo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, “La sociedad anónima. Aportaciones sociales y desembolsos del capital”, en *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, Civitas, Madrid, 1999.
- URTECHO NAVARRO, Alejandro, “Tras los orígenes de un paradigma. Breve esbozo de la incidencia de las teorías clásicas de la pena en el aforismo jurídico *societas delinquere non potest*”, en *Actualidad Jurídica*, N° 159, Lima, 2007.
- VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzandi, Navarra, 2002.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “El Derecho subjetivo y la acción”, en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco, Lima, 1985.
- YAGÜEZ, Ricardo de, *La doctrina del levantamiento de velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1997.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José, “Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional '*societas delinquere non potest*'”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 11, Madrid, 1980.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 1ª ed., Aranzandi, Navarra, 2000; 2ª ed., Aranzandi, Navarra, 2003.