

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



***NECESARIA REGULACIÓN DE LA FIGURA DEL RESPONSABLE DE
HECHO DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL EN NUESTRA LEY GENERAL DE
SOCIEDADES***

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ABOGADO**

**AUTOR:
BACH. GERSON GONZALO NÚÑEZ LEÓN**

**ASESOR:
DR. MIGUEL ANGEL ARANCIBIA CUEVA**

**TRUJILLO – PERÚ
2016**

Nro. de Registro:

DEDICATORIA

Al Altísimo, por su amor infinito

A mis queridos padres, por su
incondicional apoyo

A mi familia, por su paciencia y solidaridad

AGRADECIMIENTO

A mis padres y hermanos por haberme comprendido y apoyado en este esfuerzo.

A todas quienes con su paciencia, su bondad y comprensión me apoyan y permiten avanzar hacia los objetivos trazados.

RESUMEN

Actualmente en nuestro país se han presentado diversos casos en los cuales terceras personas –ajenas a los cargos de administración de una sociedad mercantil- son los que controlan y dirigen la misma para su beneficio o de terceros. A estas personas que dirigen una sociedad mercantil – sin contar con las formalidades exigidas por ley - se les denomina *administrador de hecho o responsable de hecho*.

Por ello, el propósito de la presente investigación es *determinar si resulta necesaria la regulación del responsable de hecho de la sociedad mercantil; a fin de* lograr un adecuado empleo de las personas jurídicas de derecho privado, en nuestro país, y previniendo con ello las posibles actividades ilícitas que pueden realizar en contra de la sociedad y/o terceros; teniendo en cuenta que esta figura no se encuentra regulada en la actualidad. No obstante a lo señalado anteriormente, debemos indicar que la figura en mención ha sido objeto de tratamiento doctrinario y jurisprudencial en la doctrina nacional y comparada.

Por lo expuesto, consideramos necesaria la regulación de la figura de administrador de hecho o responsable de hecho en nuestro texto societario, por cuanto permitiría obviar la impunidad en la que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, por lo que el presente trabajo de investigación busca determinar si resulta necesaria la regulación del responsable en la sociedad mercantil.

ABSTRACT

Currently in our country there have been several cases in which third -ajenas to charges of administration of a mercantile society are those who control and direct it to your benefit or third persons. These persons who run a corporation - without the formalities required by law - are called administrator made or indeed responsible.

Therefore, the purpose of this investigation is to determine whether the regulation of fact responsible for the corporation is necessary; to achieve an appropriate use of legal persons of private law, in our country, and thereby preventing the possible illegal activities they can do against the company and / or third parties; considering that this figure is not regulated at present. Notwithstanding what is stated above, we should note that the figure in question has undergone treatment doctrine and jurisprudence on national and comparative law.

For these reasons, the regulation of the figure of fact or manager responsible for our corporate text made consider necessary, because would obviate the impunity that would be criminal acts perpetrated under the guise of a legal person by members of the same perfectly individualized, so that the present investigation seeks to determine whether the regulation of the corporation responsible is required.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<u>TÍTULO I</u>	
<u>INTRODUCCIÓN</u>	
1. EL PROBLEMA	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2. JUSTIFICACIÓN	4
1.2.1. JUSTIFICACIÓN SOCIAL	4
1.2.2. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA	5
1.2.3. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA	5
1.2.4. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA	6
1.3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.4. APORTE DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	10
1.5. ENUNCIADO	10
2. LA HIPÓTESIS	10
2.1. ENUNCIADO	10
2.2. VARIABLES	11
2.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE	11
2.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE	11
3. OBJETIVOS	11
3.1. OBJETIVO GENERAL	11
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
4. MATERIAL	11
4.1. POBLACIÓN	11
4.2. MUESTRA	12
4.2.1. CARACTERÍSTICAS DEL MUESTREO:	12
5. TIPO DE INVESTIGACIÓN	12
5.1. POR SU FINALIDAD	12
5.2. POR SU PROFUNDIDAD	12
6. UNIDAD DE ANÁLISIS	13
7. MÉTODOS	13
7.1. MÉTODO INDUCTIVO	13
7.2. MÉTODO DEDUCTIVO	13
7.3. MÉTODO SINTÉTICO	14
7.4. MÉTODO DOCTRINARIO	14
7.5. MÉTODO HISTÓRICO	14
8. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS:	14
9. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO:	15
9.1. EL ANÁLISIS DESCRIPTIVO:	15
10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	15
10.1. TÉCNICAS.	15
10.2. INSTRUMENTOS:	15
10.2.1. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN:	15
11. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	15
12. DISEÑO DE ANÁLISIS DE DATOS	16
13. DISEÑO DE PRESENTACIÓN DEL INFORME	17

TÍTULO II
MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I
ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y LA LEY DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

SUBCAPÍTULO I
NOCIONES GENERALES DE SOCIEDADES

1. DEFINICIÓN DE SOCIEDADES	18
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD	19
2.1. TEORÍA DEL ACTO CONSTITUTIVO	19
2.2. TEORÍA DEL ACTO COMPLEJO	20
2.3. TEORÍA INSTITUCIONALISTA	20
2.4. TEORÍA CONTRACTUALISTA	20
3. CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD	21
4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD	23
5. DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL	24
5.1. RAZÓN SOCIAL	24
5.2. DENOMINACIÓN SOCIAL	25
6. OBJETO SOCIAL	25
7. DOMICILIO	25
8. CAPITAL SOCIAL	26
8.1. CONCEPTO	26
9. APORTES	27
10. PATRIMONIO SOCIAL	27

SUBCAPÍTULO II
CLASES DE SOCIEDADES

1. CLASES DE SOCIEDADES	29
2. SOCIEDADES REGULARES	29
2.1. SOCIEDAD ANÓNIMA	29
2.2. SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (S.R.L.)	31
2.3. SOCIEDAD COLECTIVA	32
3. SOCIEDADES IRREGULARES	33

SUBCAPÍTULO III
EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1. CONSIDERACIONES PREVIAS	37
2. CARACTERÍSTICAS DEL DECRETO LEY N° 21621	38
3. CONSTITUCIÓN DE LA E.I.R.L.	39
4. LOS APORTES DE LOS SOCIOS DE LAS E.I.R.L.	41
5. ÓRGANOS DE LA E.I.R.L.	42
6. MODIFICACIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE CONSTITUCIÓN	47
7. LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS	48
8. LAS SUCURSALES	48

<u>CAPITULO II</u>	
<u>ADMINISTRADOR DE DERECHO Y HECHO</u>	
1. ADMINISTRADOR DE DERECHO	50
1.1. DEFINICIÓN	50
1.2. REQUISITOS PARA SER ADMINISTRADOR DE DERECHO	50
1.3. CLASES	51
1.3.1. ADMINISTRADOR PLENO: INSCRITO Y EN FUNCIONES	51
1.3.2. ADMINISTRADOR INSCRITO INCONSCIENTE	51
1.3.3. ADMINISTRADOR INSCRITO RELEVADO	52
1.3.4. ADMINISTRADOR INSCRITO CADUCADO	53
2. EL ADMINISTRADOR DE HECHO	53
2.1. CONCEPTO	53
2.2. CLASES DE ADMINISTRADOR DE HECHO	55
2.2.1. ADMINISTRADOR OPORTUNISTA, DESIGNADO PERO NO INSCRITO	55 56
2.2.2. ADMINISTRADOR NOTORIO SIMPLE	57
2.2.3. APODERADOS GENERALES	59
2.2.4. GRUPO DE SOCIEDADES	60
3. COLABORADORES INSTRUMENTALES O ABSTENCIONISTAS	61
3.1. ADMINISTRADOR BAUSÁN	61
3.2. ADMINISTRADOR FLORERO	62
3.3. ADMINISTRADOR TESTAFERRO	63
3.4. ADMINISTRADOR ESTAFERMO	63
3.5. ADMINISTRADOR MATRIOSHKA	63
3.6. ADMINISTRADOR DEMEDIADO	
 <u>CAPITULO III</u> <u>ELUSIÓN Y EVASIÓN TRIBUTARIA</u>	
1. EVASIÓN	64
1.1. CONCEPTO	64
1.2. ELEMENTOS	66
1.3. CAUSAS DE LA EVASIÓN	67
1.4. LA EVASIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	68
1.5. CARACTERÍSTICAS DE LA EVASIÓN	69
1.6. EFECTOS	70
2. ELUSIÓN	71
2.1. CONCEPTO	71
2.2. ELEMENTOS	72
2.3. CARACTERÍSTICAS	72
2.4. CAUSAS	74
2.5. EFECTOS	75
3. DIFERENCIA ENTRE ELUSIÓN Y EVASIÓN	76
 <u>CAPITULO IV</u> <u>FRAUDE A LA LEY</u>	
1. CONCEPTO GENERAL DE FRAUDE	79
2. NATURALEZA JURÍDICA	79
2.1. TEORÍA QUE RECHAZA LA NOCIÓN DEL FRAUDE A LA LEY:	80
2.2. TEORÍA QUE ADMITE LA NOCIÓN DE FRAUDE A LA LEY:	80

3. DEFINICIÓN DE FRAUDE A LA LEY	81
4. ACCIÓN PAULIANA	81
4.1. DEFINICIÓN	82
4.2. FUNDAMENTOS DEL CONTROL PAULIANO	83
4.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA	
4.4. CONDICIONES REQUERIDAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN REVOCATORIA	84
4.5. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN	88
5. ACCIÓN SUBROGATORIA	88
5.1. CONCEPTO	89
5.2. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA	89
5.3. EFECTOS DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA	89
5.4. INCONVENIENTES DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA	

CAPITULO V
EL DECAIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

	91
1. CONCEPTO	92
2. OBJETO	
3. PRESUPUESTOS PARA APLICAR LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO	92
4. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA COMPARADA	93
4.1. INGLATERRA	95
4.2. ESTADOS UNIDOS	97
4.3. ESPAÑA	98
4.4. ARGENTINA	
5. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO	98
5.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA.	98
5.2. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA.	99
6. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO	99
6.1. CUESTIONES PROCESALES.	99
A) LA ANTIJURICIDAD.	100
B) DOLO.	100
C) BENEFICIO DE EXCUSIÓN.	
D) SUJETOS LEGITIMADOS.	100

TITULO III
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CAPÍTULO I
ENTREVISTAS REALIZADAS A DOCENTES UNIVERSITARIOS Y ABOGADOS ESPECIALISTAS EN MATERIA COMERCIAL, JUECES ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL Y JUECES SUPERIORES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

	101
	102
1. <u>PREGUNTA N° 01</u>	104
1.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 01	105
1.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 01	106
2. <u>PREGUNTA N° 02</u>	107

2.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 02	109
2.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 02	110
3. PREGUNTA N° 03	111
3.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 03	113
3.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 03	114
4. PREGUNTA N° 04	115
4.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 04	
4.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 04	
<u>CAPITULO II</u>	
<u>COMENTARIOS A LAS RTF N° 06372-5-2012 Y 08635-8-2014</u>	
	119
	122
1. RTF N° 06372-5-2012	
2. RTF N° 08635-8-2014	
<u>TITULO IV</u>	
<u>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u>	
	127
	129
1. CONCLUSIONES	
2. RECOMENDACIONES	130
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133
ANEXOS	

TÍTULO I INTRODUCCIÓN

14. EL PROBLEMA

14.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se presenta cada vez más, en el mundo moderno, el caso de relaciones económicas en las que las partes están organizadas a su vez por redes de relaciones.

Ante ello, se pueden encontrar ciertas circunstancias, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, en el que un grupo económico extranjero obtiene la buena pro para desarrollar una obra dentro de las fronteras de un determinado Estado, para lo cual emplea una u otra de las empresas que integran el grupo y sucede que el dueño de la obra puede intentar reclamar por defectos en ella contra la más importante de las empresas de ese grupo empresarial aunque no haya participado o haya tenido una participación sólo incidental en la obra, debido a que la empresa que ejecuto directamente la obra cuenta con un patrimonio reducido.

Las relaciones financieras asumen también en algunos casos formas muy complejas en las que intervienen muchas personas jurídicas de una y otra parte; y puede suceder que los accionistas de una sociedad invoquen el convenio arbitral estatutario para demandar a otras compañías del grupo mayoritario y reclamar sobre el patrimonio social que, a través de una red de subsidiarias, pretenden que les habría sido quitado. (DE TRAZEGNIES, 2004)

En tal la situación descrita anteriormente, **DE TRAZEGNIES** (2004), señala que los juristas, los jueces y los árbitros se interrogan sobre la posibilidad de responsabilizar a todas las compañías de un grupo económico por los actos de una de ellas o, contrariamente, si una de las compañías del grupo tiene derechos para exigir a la contraparte contractual aunque no sea ella quien firmó el contrato.

Del mismo modo, podemos mencionar que en nuestro país se han presentado diversos casos en los cuales los administradores de una sociedad (Director y/o Gerente), quienes se encuentran debidamente inscritos en el registro de personas jurídicas para ejercer tal función, no son los que toman las decisiones dentro de la sociedad; sino que dichas funciones son realizadas por un tercero, el cual tiene el control absoluto de la sociedad e inclusive de los denominados grupos societario o empresariales. A esta persona – que se encuentra tras bambalinas- se le denomina administrador de hecho.

Para definir al administrador de hecho, nos vamos remitir a la distinción realizada por la Sentencia del Tribunal Supremo Español, STS N° 816/2006 de 26 de julio, Sala de lo Penal (RJ 2006/7317), la cual nos presenta una definición de administrador de derecho y de hecho respectivamente, señalando lo siguiente:

- Por administradores de derecho *“se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (artículo 123 de la LSA; art. 214 del Real Decreto Legislativo 1/2010 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital a partir del 1 de septiembre de 2010) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil”*.
- Los administradores de hecho *“serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extrapenales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra”*.

Por lo expuesto en las líneas precedentes, se aprecia que la figura del administrador de hecho se le suponen los mismos instrumentos de acción o actividad en el seno de la empresa o sociedad en los que, a pesar de estar privado de un estricto reconocimiento legal en el que inevitablemente se enmarca el administrador de derecho, ejerce idéntico poder de decisión que este (MODELO, 2013, p. 17). La doctrina se decanta en la matización del concepto de administrador de facto como aquél que tiene el verdadero dominio del hecho, atendiendo a la realidad material del poder de dirección de la empresa, y no a sus resortes de inscripción y habilitación legal, aquel que tiene el dominio del acontecimiento, el verdadero propietario de la empresa, el sujeto que está detrás del testafarro y que dispone –desde la perspectiva penal- de la consumación del delito, siendo, en definitiva el *“señor del hecho”*.

En este sentido, como muy bien matiza **ORTIZ DE URBINA GIMENO** (2010, p. 53), debe atenderse al *“poder fáctico de dirección de la empresa, y no sólo de ejecución de la gestión: persona que ejerza un “cargo directivo” (o “posición directiva”, o “posición de mando”) en la persona jurídica “basada en un poder de representación de la persona jurídica, una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica”*.

Ante tal interrogante, la doctrina y la jurisprudencia ha desarrollado en los últimos treinta años la teoría del decaimiento de la persona jurídica, con la cual es posible el *“decaimiento de la personalidad jurídica”* y tomar en cuenta las relaciones que existen detrás de la forma de persona jurídica independiente que ostenta la sociedad directamente contratante.

A fin de poder frenar el control y el manejo que realizan, los denominados administradores de hecho, de la sociedad mercantil o de los grupos empresariales; algunos países han considerado emplear el denominado *“decaimiento de la personalidad jurídica”*, el cual es una institución 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 mediante algún tipo de contrato. (DE TRAZEGNIES, 2004). Para llegar a ese punto, se ha creado la teoría del “*grupo de sociedades*” que permite ver el conjunto de los intereses y relaciones económicas reales que existen detrás de la forma societaria. En ese sentido, lo que nos permite el decaimiento de la personalidad jurídica es despojar a la persona jurídica de su vestidura formal para comprobar qué es lo que bajo esa vestidura se halla.

En ese orden de ideas, la figura en mención permite ver el manejo interno que existe en la sociedad; pues, existe una serie de sujetos los cuales son responsables tras la aplicación de la doctrina del decaimiento de la personalidad jurídica. Así pues, tenemos a los gerentes y directivos los cuales son administradores de derecho, como también tenemos a los administradores de hecho, los mismos que controlan y gestionan la sociedad.

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, consideramos necesaria la regulación de la figura de administrador de hecho en nuestro texto societario, por cuanto permitiría obviar la impunidad en la que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, por lo que el presente trabajo de investigación busca determinar si resulta necesaria la regulación del responsable en la sociedad mercantil.

14.2. JUSTIFICACIÓN

14.2.1. JUSTIFICACIÓN SOCIAL

El presente trabajo de investigación se justifica desde la perspectiva social, debido a que actualmente existe un crecimiento desmedido en la creación de personas jurídicas, las cuales –en algunos casos- son manejadas por terceras personas que no se encuentran debidamente inscritas en el registro de personas jurídicas y que toman las decisiones dentro de la sociedad.

En vista a ello, la teoría del Decaimiento de la Personalidad Jurídica tiene carácter excepcional y residual, es decir que sólo opera cuando no haya otra forma de proteger a los acreedores. Los supuestos de aplicación de esta teoría son muy amplios, abarcando Derecho Civil, Comercial, Concursal, Sucesiones, Familia, etc.; permitiendo la misma llegar a determinar quiénes son los responsables del manejo y gestión de la sociedad mercantil.

14.2.2. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

El presente trabajo de investigación se justifica desde la perspectiva jurídica debido a que es necesario que exista una inclusión de tan importante figura jurídica como lo es el responsable de hecho o administrador de hecho en la ley general de sociedades, por cuanto hasta la fecha dicha figura no se encuentra debidamente regulada en la legislación societaria; a tal punto que nuestro texto societario solo se ha limitado en prescribir las funciones, remoción del cargo, vacancia, impedimentos, responsabilidades de los directores y gerentes de la sociedad mercantil. Sin embargo, nuestro legislador ha omitido en pronunciarse respecto a aquellas personas que dirigen la sociedad sin ostentar ninguno de los cargos antes mencionado y mucho menos sin haber cumplido con las formalidades requeridas para la toma de decisiones en la misma.

Con dicha regulación, buscamos que la figura del responsable de hecho o administrador de hecho quede prohibida y sea de conocimiento público que esta figura será causante de sanciones, tanto penales, como administrativas, civiles y societarias.

Asimismo, debemos indicar que la referida figura permitirá un mayor desenvolvimiento de la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario (LVS) en nuestro ordenamiento peruano; la misma que viene siendo aplicada tanto para las personas jurídicas de derecho privado con fines de

lucro como para aquellas personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro para evitar la elusión y evasión tributaria.

14.2.3. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

Con la presente investigación, desarrollaremos la sustentación teórica de nuestro estudio con el desarrollo de nociones claves como Sociedades Mercantiles, Administrador de Hecho, Administrador de Derecho, Fraude a la Ley y Decaimiento de la Personalidad Jurídica,

14.2.4. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

Aplicaremos los métodos exegético, dialectico e histórico, entre otros; los cuales emplearemos para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

14.3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Dentro de los antecedentes que tenemos referidos a la presente investigación tenemos la tesis titulada *“La elusión tributaria y la teoría del abuso del derecho y el fraude a la ley en el Derecho Tributaria Chileno”*, presentado por la Bach. Bárbara Jessica Rogel Céspedes, siendo las conclusiones más relevantes de la citada investigación las siguientes:

- La elusión tributaria ilícita comprende toda conducta desplegada por el contribuyente para esquivar el cumplimiento de la normativa tributaria, escondiendo su verdadera capacidad económica, mediante el uso de formas jurídicas permitidas por el ordenamiento positivo, pero concebidas para fines distintos, con el objeto de reducir su carga impositiva en detrimento del Estado.
- La elusión tributaria ilícita tiene cuatro elementos que la caracterizan: evitar el nacimiento de la obligación tributaria, la astucia para hacerlo, el empleo de una forma lícita con fines distintos a su naturaleza, intención de evitar o aminorar la carga fiscal soslayando la aplicación de una norma tributaria determinada, cuyas consecuencias jurídicas se hubiesen producido de no emplearse determinada forma o negocio jurídico con el fin de evitarlas.

- La evasión tributaria, la economía de opción y la planificación tributaria son categorías jurídicas diferentes de la elusión tributaria. Estas se distinguen de la elusión, principalmente, porque en la evasión se contraviene directamente la ley y en la elusión esta contravención es indirecta; en la economía de opción, la ley no limita estas conductas por no estar reguladas ni prohibidas por el orden jurídico positivo, mientras que en la elusión hay un deseo del legislador de controlar pero no lo ha hecho o lo ha hecho de manera deficiente; en la planificación fiscal hay un estudio y una aplicación correcta de la normativa otorgada por el legislador mientras que en la elusión hay un aprovechamiento o abuso de vacíos, lagunas o de figuras ineficientemente normadas.
- Los mecanismos o criterios para hacer frente a la elusión tributaria (cláusulas generales y especiales) han resultado ser insuficientes, toda vez, que estos sólo han generado mayor dispersión normativa y un sistema tributario complejísimo que genera más espacios de elusión tributaria por lo que el legislador también es responsable de ella. La correcta redacción de las leyes tributarias debería contribuir sustancialmente a la eliminación de la complejidad anormal del sistema tributario y la existencia de brechas elusorias.
- Las teorías del fraude a la ley y el abuso del derecho como principios generales son fundamento de todo el ordenamiento jurídico y debe ser utilizado como criterio auxiliar de interpretación de normas para llenar vacíos legales que en ocasiones la misma ley, por su propia esencia de provenir del ser humano y de basarse en las relaciones humanas no puede llenar. Por ende, debe regir en materia tributaria en contraposición al principio de la autonomía de la voluntad, pues no es posible ejecutar actos o contratos en abuso de derecho y en fraude a la ley. Es necesario armonizar los principios tributarios, en especial el de justicia tributaria con el de legalidad del tributo.

“Evasión Tributaria en la Legislación Ecuatoriana”, presentado por el Bachiller Javier Guamán Pinchao para obtener el título de Abogado; siendo las conclusiones más relevantes de la investigación las siguientes:

- La elusión tributaria es consecuencia del principio de legalidad en materia del Derecho Tributario, puesto que los tributos deben ser establecidos por la ley; y, al ejecutar una actividad que no está prevista por la norma como tributo, no puede exigirse el pago de una obligación tributaria. Esto se logra al conocer las grietas o puntos débiles de una ley, al momento de su creación.
- La elusión tributaria, como tal no puede ser considerada como un ilícito tributario y por tanto no es sancionable, se sintetiza que esta es una conducta permitida por la ley, cuya finalidad es evitar la generación del hecho imponible o disminuir la carga impositiva de éste. Al no efectuar el hecho imponible, no podemos hacer mención a la juricidad de una norma tributaria; ya que no se origina ningún hecho imponible establecido por la ley, por lo que no existe una inobservancia que represente una transgresión a la norma.
- No se puede confundir los términos elusión tributaria y evasión tributaria, entre sí. Es menester una diferencia clara entre los dos conceptos, que en lo único que se asemejan es en un ahorro de impuestos.

Es así que la evasión tributaria entra dentro del contexto de la defraudación tributaria, ya que utiliza la ocultación, simulación, falsedad o engaño para promover una equivocada determinación de las obligaciones tributarias legalmente generadas, constituyendo un quebrantamiento a los presupuestos legales, por la que se recibe una sanción, caracterizado por el uso de dolo pues se actúa con voluntad y conciencia para no pagar los tributos en detrimento de las finanzas del Estado.

Mientras que la elusión tributaria se caracteriza por un proceder no impedido por la ley, utilizado por los sujetos con el fin de no pagar o disminuir la obligación tributaria pero de forma lícita.

Estas dos formas de ahorro fiscal llevan inmiscuida implícitamente dos conceptos jurídicos como son la arbitrariedad y la discrecionalidad. Refiriéndonos a la arbitrariedad como una conducta contraria a la ley y al derecho en el que se enmarca la evasión tributaria. En tanto que la discrecionalidad envuelve diversas opciones, todas ellas legales, para que sea la persona quien seleccione cual es la más adecuada para el ahorro de tributos.

- La evasión tributaria ratifica la preservación de la transgresión de las normas jurídicas tributarias, cayendo en el perímetro de las vigilancias de la Administración tributaria. Contradictoriamente la elusión tributaria estimula al perfeccionamiento de las leyes, para impedir su incumplimiento, bajo no la responsabilidad de la Administración Tributaria sino de los legisladores.
- Una de las causas de la elusión tributaria es la presencia de vacíos en la ley, ya que la ley no puede abarcar todos los acontecimientos o hechos humanos; y, lo hace por los cuales se interesa. Es inadmisibles que el legislador consiga tomar en cuenta todos estos acontecimientos en un acumulado de normas que constituyen una legislación en particular. Por lo que, es incuestionable que se demuestran innegables terrenos que, finalmente, por razones de espacio y tiempo, no fueron analizadas por el legislador. Es por ello que, concurren vacíos o lagunas legales cuando el legislador no ha establecido parámetros sobre una materia en específico, el mismo que logra beneficiarse o mostrar efectos jurídicos tales como la elusión tributaria.

Por otro lado, tenemos la tesis presentada por el Bach. **RONNY SAAVEDRA GIL**, titulada: *“Aplicación del Levantamiento del Velo Societario”*, siendo las conclusiones más resaltantes las siguientes:

- El origen del levantamiento del velo societario se basa en el Common Law o la jurisprudencia comparada anglosajona y su evolución se transmite a través de posterior codificación en el Derecho romano – germánico.

- Los demandantes en un proceso sobre levantamiento del velo societario son los acreedores, tales como: trabajadores, consumidores, el cónyuges, los herederos forzosos, el fisco, el Estado, la sociedad controlada y los terceros de buena fe que son: el socio inversionista y el socio de buena fe.
- De lo dicho anteriormente, la doctrina del Levantamiento del Velo Societario se encuentra supeditada inexorablemente al cumplimiento de requisitos legales tales como: la constitución de la persona jurídica (que posea personalidad jurídica propia), la existencia de una obligación (de hacer o no hacer) a favor de un tercero, el incumplimiento de dicha obligación por parte del socio en caso de uso indebido de la persona jurídica o con fraude a la ley causando daño entendido como la pérdida, disminución o menoscabo sufrido en el patrimonio del acreedor, se debe tener presente que actualmente gozan de una aceptación casi uniforme en la legislación y doctrina jurisprudencial comparada, que primero los magistrados deben analizar las instituciones jurídicas del abuso del derecho o el fraude a la ley, así como la simulación y la doctrina de los actos propios; si no se ha resuelto mediante estas instituciones o figuras jurídicas aquellos actos disfuncionales cometidos por los miembros de la persona jurídica, se debe aplicar el Levantamiento del Velo Societario, es decir, dicha doctrina refleja que tiene un carácter meramente excepcional.
- Sobre la base de los resultados obtenidos y sus análisis y discusión de hipótesis no ha sido demostrada estableciendo que es conveniente la aplicación del Levantamiento del Velo Societario en la medida que no se permitan la consumación del fraude a la ley y abusos de derecho realizado por el socio que actúa bajo la protección de la personalidad jurídica de la sociedad constituida en el Perú.

14.4. APORTE DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

El principal aporte del presente trabajo de investigación es determinar si resulta necesaria la regulación del responsable de hecho en la sociedad mercantil. Con dicha regulación, se podrá evitar la evasión y elusión tributaria, impidiendo que terceras personas –denominadas administradores de hecho- puedan aprovecharse de los recursos que cuenta la sociedad mercantil.

14.5. ENUNCIADO

¿Resulta necesaria la regulación de la figura del responsable de hecho de una sociedad mercantil en nuestra Ley General de Sociedades?

15. LA HIPÓTESIS

15.1. ENUNCIADO

Consideramos, que resulta necesaria la regulación del responsable de hecho de la sociedad mercantil en nuestra Ley General de Sociedades; por cuanto su incorporación permitirá impedir las actividades ilícitas como la evasión y elusión tributaria.

15.2. VARIABLES

15.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

Necesaria regulación del responsable de hecho de la sociedad mercantil en nuestra Ley General de Sociedades.

15.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Evitar las actividades ilícitas como la elusión y evasión tributaria.

16. OBJETIVOS

16.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si resulta necesaria la regulación del responsable de hecho de la sociedad mercantil.

16.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1. Analizar el desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial comparado, relativo a la figura del responsable de hecho.*
- 2. Identificar las principales causas por las que el responsable de hecho emplea indebidamente las sociedades mercantiles*
- 3. Describir doctrinaria y jurisprudencialmente del Decaimiento de la Personalidad Jurídica.*

4. *.Proponer y fundamentar la regulación legislativa de la figura del responsable de hecho, en la legislación comercial y civil.*

17. MATERIAL

17.1. POBLACIÓN

La población se refiere a la totalidad de los elementos que poseen las principales características objeto de análisis (CORTES, 2012, p. 61). Es por ello que para la presente investigación se tiene una población que corresponde a todos los Docentes Universitarios especializados en Derecho Comercial universidades de la ciudad de Trujillo. También integran la población: todos los jueces civiles y jueces superiores de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

17.2. MUESTRA

La muestra es una parte de la población que contiene teóricamente las mismas características que se desea estudiar en ella. Para la presente investigación, se tiene como muestra un total de 22 entrevistados, siendo dichos entrevistados:

- a) Abogados y Docentes universitarios especializados en Derecho Comercial que dictan cátedra en las Universidades: Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Cesar Vallejo y Universidad Privada Antenor Orrego; que en total son 6 docentes.
- b) 7 jueces especializados en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- c) 9 jueces superiores en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

17.2.1. CARACTERÍSTICAS DEL MUESTREO:

Es **BIETÁPICA**, ya que la presente investigación se realiza en dos etapas distintas, en la primera se aplica en la recopilación documental través de la observación y guías de observación y en el caso de las entrevistas se utiliza el rol de preguntas a los entrevistados, sin embargo en ambas etapas se aplica el muestreo no probabilístico tanto en la recopilación documental, como en las entrevistas, porque al realizar la selección de

los datos el investigador selecciona la muestra, y toda la población tuvo la posibilidad de ser elegida como muestra.

18. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

18.1. POR SU FINALIDAD:

La presente investigación es *APLICADA*, también llamada práctica o empírica, ya que se lleva a cabo con fines prácticos inmediatos, para contrarrestar un problema vigente y que requiere de rápida solución como es el caso de una pronta regulación normativa de la figura del responsable de hecho.

18.2. POR SU PROFUNDIDAD:

La presente investigación es *DESCRIPTIVA*, porque en la presente investigación se describirá el problema, a través del análisis de la variable de esta investigación para determinar si resulta necesaria la regulación del responsable de hecho de la sociedad mercantil.

19. UNIDAD DE ANÁLISIS.

Las unidades de análisis de la presente investigación son las siguientes:

- 19.1.** Abogados y Docentes universitarios especializados en Derecho Comercial de la Universidad Nacional de Trujillo.
- 19.2.** Abogados y Docentes universitarios especializados en Derecho Comercial de la Universidad Cesar Vallejo.
- 19.3.** Abogados y Docentes universitarios especializados en Derecho Comercial de la Universidad Privada Antenor Orrego.
- 19.4.** Jueces especializados en lo civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.
- 19.5.** Jueces superiores en lo civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

20. MÉTODOS.

En la presente investigación se ha utilizado los siguientes métodos:

20.1. MÉTODO INDUCTIVO

Este método analiza de lo particular a lo general, fue utilizado en la presente investigación al elaborar el marco teórico, debido que del tema planteado en el problema de investigación, se dividió en subtemas y cada uno de ellos fue analizado en la doctrina tanto nacional como internacional, así como en la legislación peruana y extranjera, de esta manera se amplió el sentido de la investigación.

20.2. MÉTODO DEDUCTIVO

El método deductivo se utilizó en la presente investigación, en el proceso de recolección de la información, así como en la elaboración del marco teórico al dividirlo en los conceptos jurídicos desde lo general a lo particular, basándonos en la doctrina y legislación comparada referida a la figura del responsable de hecho.

Asimismo, debemos indicar que este método también fue aplicado al concluir la investigación en la elaboración de las conclusiones, recomendaciones y en la obtención de los resultados ya que de alguna manera condensan todo el trabajo realizado de una manera precisa, concisa y clara; con la finalidad de poder ser aplicada como una alternativa de solución del problema analizado.

20.3. MÉTODO SINTÉTICO

Fue utilizado durante la elaboración de las conclusiones, las mismas que permitieron elaborar recomendaciones para dar solución al problema que dio origen al presente trabajo de investigación. Asimismo, este método fue utilizado al momento de evaluar los cuadros, las entrevistas y al momento de elaborar el resumen en el marco teórico.

20.4. MÉTODO DOCTRINARIO

Método que se utilizó para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas opiniones sobre el tema que se investigó, para lo cual tomamos como referencia autores nacionales como internacionales, para extraer sus ideas para el desarrollo de las variables de la presente de investigación.

20.5. MÉTODO HISTÓRICO

Se empleó éste método con la finalidad de determinar a lo largo de las coordenadas de tiempo y espacio, un seguimiento de la noción del responsable de hecho, verificándose de esta manera su empleo, características y los principales países que emplean esta figura a través de su legislación y/o jurisprudencia.

21. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS:

En la presente investigación se usó el diseño descriptivo simple, donde **M** representa una muestra en quienes se va a realizar el estudio y **O** representa la información relevante o de interés que recogemos de la mencionada muestra, debido a que describe la variable, la detalla desarrollando aspecto conceptuales de las mismas, esto con la finalidad de describir los resultados de la presente investigación. En función de su naturaleza, nuestro trabajo no busca controlar variables sino, obtener información para resolver un problema previamente determinado.

Se puede esquematizar de la siguiente manera:

$$M \rightarrow O$$

Donde:

M: Muestra

O: Información.

22. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO:

22.1. EL ANÁLISIS DESCRIPTIVO:

Este procedimiento metodológico ha sido utilizado a fin de realizar el análisis de los datos obtenidos en la presente tesis, en función a la doctrina, entrevistas realizadas, jurisprudencia y legislación comparada, con el propósito de efectuar la respectiva contrastación de hipótesis.

23. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

23.1. TÉCNICAS.

Se ha utilizado la observación documental (libros, revistas y jurisprudencias) tanto en la doctrina nacional como en la doctrina comparada con relación a la figura del responsable de hecho.

23.2. INSTRUMENTOS:

23.2.1. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN:

Se utilizó como instrumento de recolección de información la Entrevista, ya que con ello se permitió el dialogo mediante preguntas formuladas directamente a los entrevistados.

24. TÁCTICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

En la presente investigación se ha seguido los siguientes pasos:

- **PRIMER PASO**

Consistió en la búsqueda de información relevante relacionado al tema, para esto se realizó la visita a diversas bibliotecas. Del mismo modo fue de gran utilidad visitar diversas páginas webs de bibliotecas virtuales, tanto nacionales como extranjeros.

- **SEGUNDO PASO**

Se determinó el objeto y la finalidad de la tesis, se establecieron las hipótesis y variables, se desarrolló el marco teórico.

- **TERCER PASO**

Se elaboró cuidadosamente las preguntas para llevar a cabo las entrevistas. Se distribuyó el rol de preguntas a través de las entrevistas.

- **CUARTO PASO**

Se pudo realizar utilizando como instrumento la entrevista, la cual se realizó a todos los Abogados y Docentes universitarios especializados en Derecho Comercial que dictan cátedra en las Universidades: Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Cesar Vallejo y Universidad Privada Antenor Orrego; los

jueces especializados en lo civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y los jueces superiores en lo civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

- **QUINTO PASO**

Contrastar la hipótesis planteada con los resultados obtenidos del análisis de los títulos y de la bibliografía recaudada. Se determinaron los instrumentos, se valoraron los resultados y finalmente se elaboraron las conclusiones y recomendaciones.

25. DISEÑO DE ANÁLISIS DE DATOS

El procesamiento de la información fue de la siguiente manera: Se hizo acopio de la información; se ordenó; se clasificó; se hizo una distinción entre lo verdaderamente útil, y se desechó lo de poca utilidad; se tipeo lo seleccionado, guardándose en un archivo de MS Word bajo el título “*tesisfinal.doc*”; se le dio un formato preliminar (fuente, sangría, tabulación, etc.); y, finalmente, esta información fue insertada en el archivo antes mencionado.

26. DISEÑO DE PRESENTACIÓN DEL INFORME

El procesamiento de los datos se presenta al estar el presente trabajo de investigación dividido en 5 Capítulos y son los siguientes:

- **TÍTULO I**

Está referido al PROBLEMA, a la Realidad Problemática, Formulación del Problema, Objetivos, Hipótesis y la respectiva Justificación a la investigación.

Asimismo, en este capítulo se explica la metodología aplicable, la población y la muestra a estudiar, así como el tipo de investigación utilizada, las técnicas e instrumentos utilizados, los métodos, las tácticas de recolección de información y el diseño y proceso de presentación de datos.

- **TÍTULO II**

Contiene el Marco Teórico, el cual está referido a los aspectos fundamentales de la Ley General de Sociedades y la Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Administrador de Derechos y de Hecho, Evasión y Elusión Tributaria y Decaimiento de la Persona Jurídica; los cuales han sido desarrollados en el presente trabajo de investigación.

▪ **TÍTULO III**

Se presentan los resultados del presente trabajo de investigación.

▪ **TÍTULO IV**

Se establecen las conclusiones y recomendaciones.

TÍTULO II
MARCO TEÓRICO

CAPITULO I
ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y
LA LEY DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

SUBCAPÍTULO I
NOCIONES GENERALES DE SOCIEDADES

11. DEFINICIÓN DE SOCIEDADES

Respecto a la definición de la sociedad, citaremos algunos de las principales opiniones de determinados juristas nacionales y extranjeros, así tenemos los siguientes: **GARRIGUES** (1979, pp. 106 y ss.), señala que la sociedad es:

“Un contrato que da origen a una persona Jurídica o al menos, a una organización, la cual ya no depende del contrato originario, sino que tiene su

propio estatuto, que se modifica sin contar con la voluntad de los primitivos contratantes”.

Por lo expuesto, podemos apreciar que la sociedad nace de un acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial, siendo el único contrato social en virtud del cual nace una persona jurídica distinta a los sujetos participantes. Como consecuencia del contrato social. La sociedad se convierte en un sujeto de derechos y obligaciones, dotado de composición orgánica. Voluntad propia y patrimonio autónomo.

En vista a lo señalado en los párrafos precedentes, podemos definir a la sociedad como el acuerdo de voluntades de dos o más personas que se unen para desarrollar objetivos comunes como es la realización de un determinado objeto social, aportando bienes y/o servicios para el desarrollo de ésta actividad, con la finalidad de obtener ventajas lucrativas llamadas utilidades.

12. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

En cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad, aún la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre este tema, sin embargo se puede analizar desde tres perspectivas diferentes: como empresa, como persona jurídica y como contrato.

Bajo la óptica de la primera perspectiva, la sociedad nace de la actividad creadora del empresario -sea colectivo o individual, quien organiza los diversos factores de la producción (capital y trabajo), que luego de ser adecuadamente dispuestos, dan lugar a la constitución de una empresa. Si la empresa es colectiva los empresarios podrán formalizar su situación jurídica a través del contrato de sociedad; si es un empresario individual, podrá optar por asumir la forma de una E.I.R.L o seguir desarrollando sus actividades sin tener que asumir alguna forma jurídica. Puede afirmarse en consecuencia que la empresa es el género y la sociedad es una especie, y por ello, toda sociedad necesariamente importa una organización empresarial, mas no toda empresa es una sociedad.

En cuanto a la sociedad como persona jurídica, existen en doctrina posiciones divergentes sobre la naturaleza jurídica del acto que da origen a la sociedad mercantil y al nacimiento de su personalidad. Dicha discusión cobra importancia al momento en que los legisladores plasman su posición en los dispositivos legales sobre la materia, dado que ello indicara las bases normativas que enmarcarán su tratamiento jurídico. En este orden de ideas, a continuación se mencionara las principales tareas que explican la génesis y naturaleza jurídica de las sociedades mercantiles:

12.1. TEORÍA DEL ACTO CONSTITUTIVO

Según la teoría del acto constitutivo, existen dos tipos de actos negociables de derecho: aquellos que dan lugar a operaciones económicas de las cuales surgen obligaciones cuyo cumplimiento produce la extinción del acuerdo, y aquellos en virtud de los cuales aparece la constitución de una colectividad o grupo para la realización de actos de comercio. Estos últimos actos se oponen a los contratos por lo que según los defensores de esta teoría, merecen un tratamiento especial. En tal sentido, en vista que no pueden denominarse contratos, se les califica como actos constitutivos. La base de esta teoría radica en que el acto que da origen a un nuevo sujeto de derecho, es un acto constitutivo social unilateral que no se configura como contrato, sino como una nueva categoría de acto jurídico.

12.2. TEORÍA DEL ACTO COMPLEJO

Bajo la teoría del acto complejo, se desconoce también cualquier vinculación del acto social que da origen a la sociedad con los contratos. Para esta corriente doctrinaria, el acto que da origen a la sociedad, es una declaración por la cual los contratantes pierden sus voluntades individuales para quedar sujetos a la voluntad del ente creado. Cabe señalar que esta declaración solo surte efectos entre los contratantes originales.

12.3. TEORÍA INSTITUCIONALISTA

Para la teoría institucionalista se asigna a los suscriptores del capital social, el rol de simples adherentes – a través de una declaración de voluntad- de las

normas legales dictadas por el Estado para regular la institución denominada sociedad, en la que se privilegia un interés superior: el interés social sobre el interés de los que la formaron. La voluntad de las partes que suscriben el acto social originario quedará relegada a un segundo plano, prevaleciendo la voluntad del Estado, como creador de reglas de juego.

12.4. TEORÍA CONTRACTUALISTA

Finalmente, en cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad, se tiene a la teoría contractualista, bajo la cual se debe entender a las sociedades como contratos a través de dos tendencias, la primera de ellas, que trata de explicar la naturaleza jurídica del contrato social como un contrato sinalagmático, y al segunda que encuentra su naturaleza en un contrato bilateral especial.

- CONTRATO SINALAGMÁTICO

Algunos consideran al contrato de sociedad como un contrato sinalagmático, en virtud del cual coexisten una variedad de prestaciones recíprocas. Sin embargo sus opositores señalan que la sociedad interesa como contrato, pero más como relación. De aplicarse esta teoría tendríamos que los efectos de un contrato de este tipo se agotarían entre los socios suscriptores de éste y no serían aplicables para los futuros adherentes al mismo.

- CONTRATO PLURILATERAL

Otros autores sostienen que se trata de un contrato plurilateral, siendo esta posición la que buena parte de la doctrina ha adoptado para definir al contrato de sociedad, tendencia que ha sido plasmada en diversas legislaciones. Para los defensores de esta corriente, el contrato de sociedad descansa en un interés común al que pueden adherirse todos aquellos que realicen su aportación para el logro de tal finalidad. En caso de realizarse posteriores adhesiones no se producirá una novación objetiva, ya que la plurilateralidad existente en su origen subsistirá para las futuras adhesiones.

En ese sentido, según esta teoría, este contrato posee caracteres propios, inherentes, esenciales y comunes a todos los contratos, tales como el consentimiento y la capacidad de quienes contratan, objeto cierto, causa ilícita y contenido económico.

13. CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD

Se debe tener presente, que el hecho que en la Ley General de Sociedades no se precise la naturaleza jurídica de la sociedad, no niega su inicial carácter contractual. Uno de los tantos temas relacionados sobre los cuales, como ya se mencionó, siguen discutiendo los especialistas, es el relacionado con la naturaleza jurídica del acto constitutivo por medio del cual se crea una sociedad, existiendo en resumidas cuentas dos posiciones antagónicas al respecto. Por un lado, la corriente contractualista, que se sustenta en el carácter especial del contrato con rasgos característicos que lo convierten en un contrato “sui generis”; y de otro la corriente institucionalista, en la cual se le niega la calidad de contrato al acto constitutivo de una sociedad.

En opinión **HUNDSKOPF** (s/a, p. 17):

“la sociedad nace de un contrato, como producto del acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica de carácter patrimonial. Perfeccionando el contrato por la voluntad social, y gestada la nueva persona jurídica, ésta asume derechos y obligaciones, adquiere composición orgánica, voluntad y patrimonio autónomo”.

Si bien se ha afirmado que toda sociedad nace de un contrato, de cuyo acto constitutivo se genera derechos y obligaciones entre la nueva persona jurídica creada y sus integrantes, debo recalcar que la sociedad, como producto de dicho acuerdo de voluntades, contará con capacidad propia y total autonomía de sus elementos integrantes, siendo necesario, para efectos de conformar la voluntad asociativa, el cumplimiento de los requisitos establecidos para la realización de todo acto jurídico, dispuestos en el artículo 140° del C.C.

Así tenemos que para efectos de conformar la voluntad social y constituir válidamente un contrato de sociedad, deberán intervenir agentes capaces, tener un objeto física y jurídicamente posible, contar con un fin lícito y observar la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

En cuanto a los requisitos particulares para la configuración del contrato de sociedad, se requiere de aportes, efectuados por los socios, pudiendo consistir en aportes dinerarios y no dinerarios, servicios profesionales, etc. Dependiendo de la modalidad societaria adoptada, de ánimo societario, como criterio de vinculación entre sus socios, imprescindible para la conformación de una sociedad, salvo del caso de la constitución de sociedades anónimas por oferta a terceros, en los que se aprecia una clara distinción entre los llamados socios gestores y los socios inversionistas, no existiendo en estos últimos ánimo societario de finalidad económica, mas no animus lucrando, dado que sus actividades necesariamente deberán ser económicas, pero no será indispensable la búsqueda de un beneficio económico, y personalidad jurídica, la misma que se logra desde su inscripción en el Registro correspondiente y que mantiene hasta su extinción.

Finalmente, cabe destacar lo señalado por **ELÍAS LAROZA** (2000, p. 13), opinión que es compartida por un sector de la doctrina, que son numerosos los tratadistas, los que admiten la teoría contractual en el momento del acto fundacional de la sociedad, pero se reconoce que la sociedad presenta, durante la vida social, carácter esenciales diferentes a las de un contrato.

En lo que respecta a los requisitos del contrato de sociedad, debemos indicar que los requisitos generales del mismo se encuentra establecidos en el artículo 140° del Código Civil, el cual señala que el acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y los requisitos para su validez son: Agente capaz, Objeto física y jurídicamente posible, Fin lícito y Observancia de la forma prescriba bajo sanción de nulidad. De otro lado, debemos indicar que el contrato de sociedad cuenta con requisitos particulares o propios, por lo que en dicho contrato deberá contener –además de los requisitos generales antes

mencionados- los siguientes: Aportes, Ánimo societario, Beneficio Económico y Personalidad Jurídica.

14. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

Aceptando a la sociedad como un contrato se tiene que este sería un contrato con prestaciones plurilaterales autónomas, por tanto goza de todos los elementos de este género contractual. No obstante se deben distinguir como su nota característica el hecho de que por mandato legal genera una persona jurídica distinta de los socios que la integran, y con un patrimonio autónomo.

Se debe precisar que cuando se habla de elementos del contrato de sociedad, no se puede referir a los elementos propios del contrato en general, sino aquellos que lo separan del resto de tipo contractuales.

En ese sentido se puede señalar como elementos propios del contrato de sociedad:

- a. Las partes se obligan a realizar aportes consistentes en obligaciones de dar o hacer.
- b. Dichos aportes forman un fondo común, dotado de cierta autonomía.
- c. Tienen como fin obtener una ganancia apreciable en dinero, a través de un objeto social.
- d. Incluye el pacto de reparto de ganancias y soportar las pérdidas, que comprenda a todos los socios, sin excepción en proporción a su aporte.
- e. Contiene la organización de una estructura operativa común o colectiva, con ciertas reglas de actuación y control recíproco.

15. DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL

Las personas jurídicas al igual que las personas naturales como sujetos de derechos tienen derecho a llevar un nombre que los identifique. El nombre dependerá del tipo de sociedad que se constituya y estará determinada por la razón social o la denominación según el tipo de responsabilidad que cada sociedad asuma.

Como todo sujeto de derecho, cualquier sociedad debe tener un nombre que la identifique. Salvo la restricción que más abajo se señala, existe la más amplia

libertad para fijar la denominación de la sociedad (en cuanto no se afecte al orden público o las buenas costumbres).

Así tenemos que para el caso de las sociedades colectivas, sociedades civiles, sociedad. En comandita este tipo de sociedades tienen una razón social toda vez que dichas sociedad tienen de manera general una responsabilidad ilimitada. Siendo otro el caso de las sociedades anónimas o sociedad de responsabilidad limitada las cuales adoptan una denominación social y un nombre abreviado, dichas sociedades su responsabilidad es limitada.

Así el artículo 9° de la LGS señala que la sociedad tiene una denominación o una razón social, según corresponda a su forma societaria. En el caso de la denominación pueden utilizar, además un nombre abreviado. Asimismo este dispositivo señala limitaciones y requisitos para la adopción de la razón social y de la denominación.

15.1. RAZÓN SOCIAL

El nombre comercial de las sociedades de personas se llama razón social y tienen la característica que necesariamente incluye el nombre de los socios. El artículo 266 de la LGS establece que: *“La sociedad colectiva realiza sus actividades bajo una razón social que se integra con el nombre de todos los socios o de algunos o alguno de ellos, agregándose la expresión sociedad colectiva o las siglas SC. La persona que, sin ser socio, permite que su nombre aparezca en la razón social, responde como si lo fuera”*. El mismo principio se aplica para las sociedades en comandita (art. 279 de la LGS) y las sociedades civiles (art. 296 de la LGS).

15.2. DENOMINACIÓN SOCIAL

El nombre comercial en las sociedades capitalistas se llama denominación social, y tiene la característica de formarse con una palabra, frase o enseña de fantasía, ya que no necesita tener relación con los nombre de los socios. El artículo 50 de la LGS señala que la sociedad anónima pueda adoptar cualquier

denominación seguida de la indicación “*Sociedad Anónima*” o de la sigla “S.A”.

El artículo 284 de la LGS establece también que la sociedad comercial de responsabilidad limitada tiene una denominación. La ley ha estipulado de manera imperativa, que en ambos tipos societarios solo pueden existir denominaciones y no razones sociales.

16. OBJETO SOCIAL

El artículo 11 de la Ley General de Sociedades establece como regla general que la sociedad circunscribe sus actividades a los negocios o actividades lícitas detalladas como su objeto social, entendiéndose incluidos 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.

17. DOMICILIO

Respecto al domicilio, se establece en el artículo 20 de la Ley General de Sociedad que la sociedad tiene por domicilio el señalado en el estatuto, donde se desarrolla alguna de sus actividades principales o donde instala su administración. En caso de discordancia entre el domicilio de la sociedad que aparece en el registro, del que efectivamente se ha fijado, se puede considerar cualquiera de ellos.

Al igual que en el artículo 15 de la Ley de Sociedades anterior, también se ha establecido que la sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en el territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país.

18. CAPITAL SOCIAL

18.1. CONCEPTO

En toda sociedad existe un capital social, aspecto que reviste una gran importancia para los socios y terceros ajenos a la sociedad, toda vez que el este es en cierto modo contrapartida de la limitación de la responsabilidad. Por tanto, el capital social es representado mediante una suma fija que se consigna

necesariamente en el pacto social y/o en el estatuto. Asimismo, debe tenerse presente que el capital social es una cifra del pasivo de la sociedad que indica, simplemente, una deuda de la sociedad frente a sus socios, por cuanto desde el punto de vista societario el capital debe ser devuelto, algún día por la sociedad a sus socios, mientras tanto, se les debe, y solo desaparecerá del balance el día que sea pagado, sea por la vía de la reducción de capital o la liquidación de la sociedad.

Por otro lado, debemos indicar que el capital social es distinto al patrimonio social; toda vez que al inicio de la sociedad, el capital y patrimonio son iguales, pero conforme avanza la vida social, el volumen del patrimonio formado por la suma de bienes, créditos y valores de propiedad de la sociedad anónima se distancia cada vez más del capital social escriturado, aun cuando contablemente continúe figurando inalterado en el pasivo balance.

En cuanto a la finalidad del capital social, debemos indicar que mediante este permite a la sociedad contar con un fondo económico que permite la explotación de la empresa o negocios propios del objeto social, y en este sentido es un elemento fundamental para que la sociedad pueda operar. Además que el capital social sirve como única garantía patrimonial frente a terceros, con el fin de responder por las obligaciones sociales, toda vez que su señalamiento implica que deben existir en la sociedad activos que superen a sus deudas por lo menos en monto igual a aquel. Cuando más elevado sea el capital social mayor será la garantía de cobertura del pasivo que él brinda.

19. APORTES

Con respecto a los aportes, establecido en el artículo 22° de la Ley General de Sociedades, **ELÍAS** (2000, p. 60), manifiesta que:

“el aporte constituyen los bienes, derechos o servicios susceptibles de ser valorados económicamente, que los socios se comprometen a transferir o prestar a favor de la sociedad, para la realización del fin común objeto de la misma, generándose para los socios una obligación de dar o hacer, según el caso, que debe cumplirse con la entrega del bien, la transferencia del derecho

o la prestación del servicio, en la forma que se haya establecido en el pacto social o en el acuerdo correspondiente”.

En ese orden de ideas, debemos señalar que las aportaciones de los socios van a servir para formar el capital social (garantía de los acreedores y terceros que contratan con la sociedad, por eso la LGS es muy rigurosa en defender la integridad y la realidad de dicho capital, señalando reglas de carácter imperativo en materia de aportaciones).

La principal obligación del socio frente a la sociedad es efectuar el aporte convenido, de tal manera que se permite formar un fondo común de exploración, y además es tutelar el interés de los acreedores. En ese sentido **GARRIGUES** señala que:

“Para los acreedores es indiferente el procedimiento por el cual se aporte el capital social. Lo que importa es tener la garantía segura de que el capital social resulte efectivamente aportado, ya que la aportación se hace no sólo con interés de la sociedad para integrar su capital de explotación, sino, en primera línea, en interés de los acreedores, para integrar el fondo de responsabilidad, que sustituye a la responsabilidad personal de los accionistas, que falta” (Citado por GONZÁLEZ, 2005, p. 262)

20. PATRIMONIO SOCIAL

Las sociedades comerciales son personas jurídicas y, por ende, tienen patrimonio. En las sociedades el patrimonio se forma en el acto de celebrar el contrato de sociedad con los créditos emergentes de la obligación de aportar asumida por los socios o por los créditos por suscripciones de capital y por los bienes que se hubieren aportado efectivamente al celebrar el contrato. La cifra patrimonial varía continuamente según el acontecer de los negocios sociales.

GARRIGUES (1979, p. 471) define al patrimonio en los términos siguientes:

“Patrimonio es el conjunto efectivo de bienes de la sociedad en un momento determinado. Su cuantía está sometida a las mismas oscilaciones que el patrimonio de una persona individual; aumenta si la industria es próspera,

disminuye en el caso contrario. En el primer caso, el patrimonio activo (dinero, cosas, derechos, valores económicos de toda clase) será superior al pasivo (deudas). En el segundo caso ocurrirá lo contrario”.

El patrimonio social no tiene características propias que los distingan del patrimonio de cualquier persona física-. Se rige por iguales principios y normas que los aplicables a las personas físicas. En consecuencia, toda sociedad tiene un patrimonio y sólo uno y responde con todo su patrimonio por las obligaciones que contraiga en su actividad.

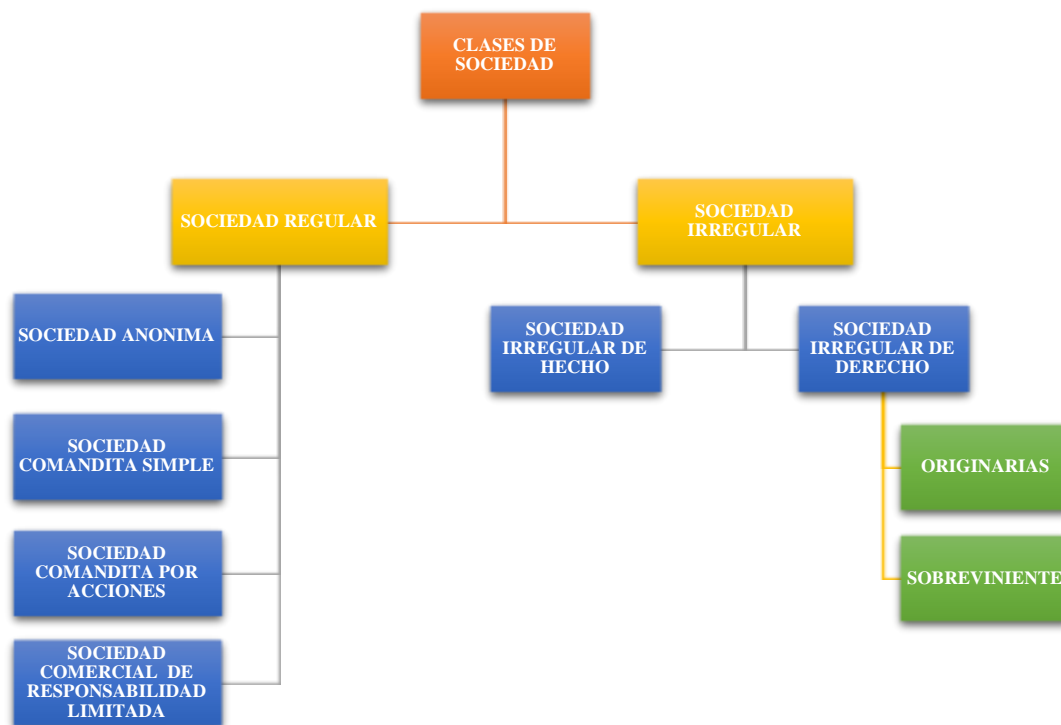
El patrimonio es esencialmente variable. El patrimonio inicial de la sociedad se forma con el aporte efectuado o el aporte prometido por los socios. El patrimonio, luego, ha de variar según los resultados de la gestión social. El patrimonio se acrecienta si tiene el éxito la actividad social; disminuye si tiene malos resultados.

SUBCAPÍTULO II

CLASES DE SOCIEDADES

4. CLASES DE SOCIEDADES

De acuerdo a la Ley General de Sociedades, tenemos los siguientes tipos societarios:



En los siguientes apartados desarrollaremos ampliamente cada una de las sociedades mencionadas en el grafico anterior.

5. SOCIEDADES REGULARES

Tenemos las siguientes:

5.1. SOCIEDAD ANÓNIMA

Es aquella que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones. La denominación se formara 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.”**. Corresponde al grupo de las sociedades capitalistas. (Interesa fundamentalmente la aportación que se hace para la formación de capital social). Ha llegado a divulgarse universalmente en la actualidad que es sinónimo de empresa organizada para acometer importantes aspectos de la banca, del comercio en general y de la industria.

En cuanto a su constitución, debemos indicar que el artículo 54° de la LGS, dispone que las sociedades anónimas se pueden constituir simultáneamente en un solo acto por los accionistas fundadores, o en forma sucesiva mediante oferta a terceros, contenida en el programa de fundación otorgada por los fundadores.

Por otro lado, el artículo 234° de la LGS, la Sociedad Anónima puede adoptar 2 formas:

▪ **SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA**

Aquella que cuente con un número no mayor de 20 accionistas. Este tipo de sociedad fue concebido para empresas gestionadas por grupos de estrecha vinculación, otorgándose suma importancia al elemento personal, pero sin desnaturalizar el sentido capitalista a través del cual se adoptan decisiones.

▪ **SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA**

Observa características propias que la diferencian de las demás personas jurídicas creadas bajo la organización societaria. En atención a ello, toma gran importancia el carácter capitalista de dicha sociedad, al posibilitar en mayor medida la facilidad en la captación de inversión debido a su mayor libertad en la transferencia de acciones.

En lo que respecta al capital social y responsabilidad de los socios, debemos señalar que en toda sociedad anónima, existe un capital social, noción que reviste una importancia particular, pues el capital social es en cierto modo contrapartida de la limitación de la responsabilidad. Las sociedades anónimas no tienen existencia legal sin un capital representado por acciones nominativas e integradas por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales, principio recogido en el artículo 51° de la LGS. El capital social viene a ser el valor fijado en dinero al conjunto de las aportaciones de los bienes o derechos susceptibles de valoración económica, aportaciones que pueden ser dinerarias o no dinerarias, pero apreciables en dinero, valor que es consignado en el pacto social y en el estatuto, no admitiéndose en consecuencia el aporte de servicios. 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. La razón de esta organización en la sociedad reside en la característica de la limitación de la responsabilidad que es inherente a la sociedad anónima.

En cuanto a los aportes de la Sociedad Anónima, debemos indicar que en este tipo de sociedades solo pueden únicamente pueden aportarse bienes. En esta sociedad los servicios personales sólo pueden ser materia de las denominadas prestaciones accesorias, como estipulan los artículos 75 y 294, inciso 2 de la LGS.

La exclusividad de los bienes como objetivo del aporte en las sociedades de capital se fundamenta en la función de garantía que ante los acreedores cumple el capital social. Además de dinero, pueden aportarse bienes no dinerarios en cuanto sean transmisibles, valubles económicamente y susceptibles de ejecución forzosa por los acreedores sociales.

5.2. SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (S.R.L.)

Es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal con patrimonio distinto al de su titular. Se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de pequeña empresa. La responsabilidad de la empresa está limitada al patrimonio, y el titular de la misma no responde personalmente por las obligaciones contraídas por ésta.

En lo que respecta a su denominación, debemos indicar que este tipo societario puede utilizar además de un nombre abreviado, al que en todo caso se le debe añadir la indicar “*Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada*” o su abreviatura “*S.R.L.*”.

Por otro lado, el capital social de la S.R.L. se encuentra constituido inicialmente por los bienes que aporta quien la constituye y es determinado por el titular. Estos pueden ser: bienes dinerarios (efectivo), bienes no dinerarios (muebles,

enseres, maquinas, equipos, etc.) o por bienes mixtos (efectivos y no dinerarios).

En cuanto a la administración, la LGS señala que los gerentes representan a la SRL en todos los asuntos relativos a su objeto. De este modo, los socios pueden limitar válidamente el alcance de las facultades de representación de los gerentes, sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el artículo 12° de la LGS que dispone que los terceros no se verán afectados por los actos de los representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les hayan conferido aunque tales actos comprometen a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social, estableciéndose desde ya que los gerentes o administradores gozan per se de las facultades generales y especiales de representación procesal por el sólo mérito de su nombramiento, sin embargo estas pueden ser eventualmente recortadas, ampliarse o ser asignadas de otro modo, si así se dispone en el estatuto o lo acuerdan los socios.

5.3. SOCIEDAD COLECTIVA

La sociedad colectiva es aquella sociedad de personas que ejerce una actividad comercial bajo una razón social, en la que todos los socios son responsables ilimitada y solidariamente por las obligaciones de la sociedad.

En lo que respecta a la responsabilidad de los socios, el artículo 265 de la LGS recoge la misma esencia de la sociedad colectiva, como es que los socios responden en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales y todo pacto en contrario no produce efectos legales frente a terceros. Es ilimitada porque los socios responden por el todo, cualquiera que él sea y es solidaria porque el acreedor de la sociedad puede dirigirse contra cualquiera de los socios o contra todos ellos simultáneamente, por el total de su crédito, conforme al artículo 1186 del Código Civil. Sin embargo, en este tipo de sociedad la responsabilidad de los socios tiene carácter subsidiario, pues cabe el beneficio de excursión.

Por otro lado, la sociedad en comandita tiene dos formas. La primera es la sociedad en comandita simple, la cual está compuesta por dos tipos de socios: los *colectivos*, quienes responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales de la empresa, y los *comanditarios*, que responden únicamente hasta por el monto de sus aportaciones. En esta modalidad sólo hay participaciones sociales.

La segunda forma que tiene la sociedad en comandita es la denominada sociedad en comandita por acciones, en la cual el capital está dividido en acciones. Los *socios colectivos* son responsables ilimitadamente y los *comanditarios* sólo por el valor de sus acciones.

En cuanto a la responsabilidad que tienen los socios de tipo societario frente a terceros; debemos indicar que estos responden solidaria e ilimitadamente frente a terceros por las obligaciones de la sociedad, por lo que todo pacto en contrario no produce efecto contra terceros. Esta característica se desprende lo referido en el artículo 265 de la LGS y es así, porque en esencia y por excelencia, recoge las características fundamental que la diferencia de otras formas societarias. Así, los alcances de esta responsabilidad son impuestos de manera imperativa por la ley, de modo tal que los pactos que celebren los socios para limitar tales alcances, en referencia a cada socio o a alguno de ellos, carece de eficacia frente a terceros.

6. SOCIEDADES IRREGULARES

Las sociedades irregulares son aquellas sociedades que no se encuentran constituidas de una manera regular y/o legal. También se denominan genéricamente *sociedad de hecho*.

De acuerdo al artículo 423° de la LGS, se considera como sociedades irregulares a las siguientes:

- a) Las sociedades que no se han constituido e inscrito, conforme a los procedimientos establecidos por ley.

- b) A las que resulten de situaciones de hecho derivadas del simple acuerdo de voluntades, por lo cual dos o más personas actúan de manera manifiesta como si fueran miembros de una sociedad, sin que esta haya pasado por un proceso de constitución e inscripción.
- c) A las que no han concluido su proceso de constitución, legalmente iniciado, pero que por estar incursos en los supuestos que se detallan a continuación, han adquirido la condición de sociedades irregulares. Estos supuestos son:
- Cuando transcurren 60 días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social, sin haber solicitado el otorgamiento de escritura pública de constitución.
 - Si han transcurrido 30 días desde que la asamblea designo al o a los firmantes para otorgar la escritura pública, sin que estos hayan solicitado su otorgamiento.
- Este supuesto se puede presentar únicamente en el proceso de constitución por oferta a terceros regulados en el artículo 56° y siguientes de la LGS, ya que al artículo 66° dispone que dentro de este plazo la persona o personas designadas para otorgar la escritura pública, deben hacerla con sujeción a los acuerdos adoptados por la asamblea.
- Cuando transcurren más de 30 días desde que se otorgó la escritura pública de constitución sin que se haya solicitado su inscripción en el registro, plazo que coincide con el artículo 16 de la LGS.
 - Cuando transcurren 30 días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el registro.
- d) A las que una vez adquirida la personalidad jurídica, han atravesado por un proceso de transformación defectuoso, sin observar las disposiciones de la LGS.
- e) A las sociedades que continúen en actividad a pesar de haber incurrido en causal de disolución como, por ejemplo, el vencimiento del plazo de duración, conclusión de su objeto, la no realización de este por un periodo prolongado de

tiempo, así como la imposibilidad manifiesta de realizarlo; o la continua inactividad de la junta general; pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad a menos de la tercera parte del capital pagado; así como por acuerdo adoptado mediante junta de acreedores conforme a las leyes de la materia; cuando pierda la pluralidad de socios por más de seis meses; o por decisión de la Corte Suprema, conforme al artículo 410° de la LGS y, finalmente, por cualquier otra causa establecida en la ley o prevista en el pacto social, estatuto o en convenio entre socios registrado ante la sociedad como causal de disolución.

De acuerdo a **HUNDSKOPF** (s/a, p. 218), existen dos clases de sociedades irregulares. La primera son las denominadas *sociedades irregulares de hecho*, también conocidas también como sociedades informales, son las que actúan bajo la apariencia de una sociedad, pero en realidad no lo son. Su situación se genera de pactos expresos, pudiendo ser verbales o escritos, que producen actuaciones de las personas como si fueran miembros de una sociedad, sin embargo, no han iniciado siquiera, el proceso de constitución bajo ningún tipo societario regulado por la Ley; y la segunda son las denominadas *sociedades irregulares de derecho*, las cuales son aquellas que han celebrado cuando menos un pacto social de constitución acorde con alguna forma societaria válida. De este tipo de sociedad irregular se puede distinguir dos subtipos, las *sociedades irregulares de derecho originarias*, las cuales son sociedades que no concluyeron con el procedimiento de constitución de la sociedad, o lo han realizado con alguna irregularidad formal, trayendo como consecuencia la falta de personalidad jurídica; y las *sociedades irregulares de derecho sobrevinientes*, las cuales son sociedades que llegaron a ser inscritas en registros públicos y adquirieron su personalidad jurídica pero al realizar su transformación a otro tipo societario adquirió algún vicio formal o simplemente ha incurrido en una causal de disolución señalada por Ley y aun así, continúan operando.

En lo que respecta a los efectos de las sociedades irregulares, debemos indicar que los efectos son de aplicación general, es decir se producirán tanto para las sociedades irregulares de hecho como de derecho, y es que su naturaleza deriva del desconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades irregulares.

En ese sentido, aunque nuestro sistema legal admita la teoría de la existencia de este tipo de sociedades, para proteger a los terceros que negocian con estas empresas, ni tampoco otorgarles los derechos que éstas tendrán como sociedades regulares, pues lo que se busca es brindarle seguridad al tráfico económico, más no premiarlas por su falta de diligencia.

El artículo 424 de la Ley, establece los efectos que se derivan de la irregularidad, y son:

- Los administradores, representan, y en general quienes se presente ante terceros para la actuación en nombre de la sociedad, son personal, solidaria e ilimitadamente responsable por los actos jurídicos realizados, desde que se produjo la irregularidad.
- Si la irregularidad existe desde la constitución, los socios, en virtud de los contratos celebrados, tienen igual responsabilidad frente a terceros para que exijan a la sociedad y a los gestores el cumplimiento de lo prometido.
- Esta responsabilidad, que compete no sólo a la sociedad, sino que también a los administradores y socios, alcanzará además de las obligaciones, a los daños y perjuicios producto de los actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros.
- Adicionalmente, existirá responsabilidad penal de los administradores, socios, representantes y personas que realizaron operaciones en nombre de la sociedad irregular, cuando corresponda.

SUBCAPÍTULO III

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

9. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L) es tipo legal existente en nuestro ordenamiento jurídico que tiene por objeto la realización de actividades empresariales, se encuentra regulada al amparo del Decreto Ley 21621 del 14 de septiembre de 1976 (D. Ley).

En concordancia con el D. Ley, la E.I.R.L es una persona jurídica de derecho privado, al señalarlo de esta manera, la diferencia tajantemente con la empresa unipersonal, la cual no constituye persona jurídica alguna, sino, la actividad empresarial la desarrolla una persona natural o física sin que exista limitación de su responsabilidad, es decir, se mezcla el patrimonio de la empresa con el de la persona natural, siendo así que éste responderá ilimitadamente con la totalidad de su patrimonio por las obligaciones que pudiera contraer la empresa unipersonal, es por esto, que la E.I.R.L permite a la persona natural limitar su responsabilidad por los bienes, sean dinerarios o no dinerarios, que aporta a la persona jurídica con la intención de formar el patrimonio empresarial.

La limitación de la responsabilidad del empresario individual es una de las principales características de la E.I.R.L, el cual fue un tema tratado con gran énfasis por la doctrina mundial, donde distinguidos juristas, como por ejemplo, en el Perú la Dra. Lucrecia Maisch Von Humboldt, tras un arduo trabajo e investigación publicó su obra sobre el tema titulada *“La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada: Proyecto Ley Tipo para América Latina”*.

Uno de los principales problemas de la limitación de la responsabilidad fue abordado por la teoría del patrimonio, los romanos conocieron al patrimonio como el conjunto de bienes y obligaciones económicas pertenecientes a una persona, no extinguidos por su muerte, básicamente el *“Patrimonio Personalidad”*, postulaba que toda persona tiene un patrimonio y que no se concebía un patrimonio sin que exista una persona que sea su titular.

Actualmente se dejó de lado el *“Patrimonio Personalidad”* y se concibe el llamado *“Patrimonio Afectación”*, mediante el cual no es necesario la personalidad para la adjudicación de la titularidad del patrimonio, siendo de esta manera, que el patrimonio al no presuponer persona a quien pertenezca, será suficiente, que determinados bienes y obligaciones constituyan la unidad patrimonial por medio de una relación mutua o correspondida.

Se ha logrado conceptualizar al *“Patrimonio Afectación”*, como un acervo de bienes y obligaciones, apreciables en dinero, organizados recíprocamente para un determinado fin o propósito, en consecuencia, el *“Patrimonio Afectación”* fue la base fundamental para el desarrollo de la limitación de la responsabilidad del empresario individual.

Una vez limitada la responsabilidad del empresario individual, se dio el gran salto en el mundo del Derecho de la Empresa, mayor cantidad de personas se arriesgarían a realizar actividad empresarial sabiendo que el patrimonio correspondiente a su ámbito personal y familiar no se vería afectado por las riendas del negocio, que algunas veces, sin que sea la intención del titular de la empresa y por factores externos no previsibles ni manejables, el negocio decaía, cayendo poco a poco hasta llegar finalmente a un colapso empresarial.

10. CARACTERÍSTICAS DEL DECRETO LEY N° 21621

- Es una persona jurídica de derecho privado.
- Constituida por la voluntad de una sola persona (voluntad unipersonal).
- El capital de la empresa deberá estar íntegramente suscrito y pagado al momento de constituirse la empresa.
- La empresa tiene patrimonio propio (conjunto de bienes a su nombre), que es distinto al patrimonio del titular o dueño.
- La responsabilidad de la empresa está limitada a su patrimonio. El titular del negocio no responde personalmente por las obligaciones de la empresa.

- El titular será solidariamente responsable con el gerente de los actos infractorios de la ley practicados por su gerente. Siempre que consten en el libro de actas y no hayan sido anulados
- En los demás casos, la responsabilidad del titular y del gerente será personal.
- Las acciones legales contra las infracciones del gerente prescriben a los dos años a partir de la comisión del acto que les dio lugar.
- Se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de pequeña empresa

11. CONSTITUCIÓN DE LA E.I.R.L.

La E.I.R.L se diferencia de manera sustancial de las Sociedades, entre otras, por su forma de constitución, dado que, la E.I.R.L se origina por voluntad unipersonal a diferencia de las Sociedades, donde es necesaria la presencia y la manifestación expresa de la voluntad pluripersonal de sus socios, siendo este requisito exigido en la constitución y durante la vida de la Sociedad.

El artículo 4° del D. Ley señala que solamente las personas naturales pueden constituir o ser Titulares de la E.I.R.L, sobre este punto, es pertinente traer a colación que aunque la E.I.R.L haya nacido para limitar la responsabilidad del empresario unipersonal, hoy en día, este precepto no está cerrado, simplemente la necesidad se ha expandido de tal manera que es necesario regular la titularidad de una E.I.R.L en base también de una persona jurídica.

De esta manera, refiriéndonos específicamente a diversos grupos empresariales dominicales, sería de conveniencia para ellos y de total preferencia, que la titularidad de sus subordinadas le corresponda únicamente a la matriz, sin necesidad de compartir la propiedad con algún administrador o persona de confianza que no hace otra cosa que cumplir jurídicamente hablando, una voluntad pluripersonal, la cual realmente es inexistente, que más que ser un alivio es un contingente, dado que, como participante de la titularidad le corresponde derechos inherentes a su naturaleza, y que tendrán que ser condicionados al desenvolvimiento de la empresa en el mercado.

Cabe mencionar que no es suficiente la voluntad unipersonal para que se constituya la EIRL, el fundador además deberá gozar de libre disposición de los bienes que aporte a la EIRL, porque lo mencionado importa una transferencia a favor de la persona jurídica para que forme parte de su patrimonio.

Además de ello, para constituir una EIRL, se debe gozar de capacidad legal, específicamente de ejercicio, debido a que se va a generar una disposición de los bienes integrantes del patrimonio del constituyente para aportar a favor del capital de la EIRL, pero ello no niega que una persona con capacidad de goce a través de su representante legal no pueda constituir una EIRL, o en el caso de una menor de edad, con la previa solicitud por parte de los padres o tutores para disponer de los bienes del menor.

El requisito de la capacidad para ser Titular de la E.I.R.L se encuentra corroborado por el artículo 73° del D. Ley, al prescribir que en el caso de la transformación de una sociedad a E.I.R.L, los socios o accionistas están obligados a transferir sus acciones o participaciones a favor de uno de ellos, siempre y cuando sea una persona natural capaz o en todo caso una tercera persona natural capaz.

El artículo 13° del D. Ley establece las formalidades necesarias para la constitución de la E.I.R.L, afirmando que es necesaria la Escritura Pública donde conste fehacientemente la voluntad del fundador para constituir la con su posterior inscripción en el Registro Mercantil, con la finalidad de otorgarle publicidad y, lo más importante, personalidad jurídica.

Gracias a la personalidad jurídica, se reconoce a la E.I.R.L la capacidad suficiente para ser titular de derechos y obligaciones, a fin que sus actividades propias generen completa responsabilidad jurídica frente a terceros. Si bien es cierto, el D. Ley establece que la inscripción es la formalidad que otorga personalidad jurídica a la E.I.R.L , y se considera que recién desde ese momento inicia sus operaciones, no se puede descartar que, la E.I.R.L pueda realizar actividades o celebrar contratos antes de cumplida la mencionada formalidad, debido a que muchas veces por la presión comercial y el flujo de los negocios, los empresarios se ven obligados a

contratar y operar en fechas anteriores, que en circunstancias no coinciden con la inscripción, o esta se dilata por el tiempo de calificación.

12. LOS APORTES DE LOS SOCIOS DE LAS E.I.R.L.

Los aportes constituyen los bienes dinerarios o no dinerarios susceptible de valorización económica que la persona natural transfiere por concepto del capital en la constitución de la E.I.R.L, en la constitución formará el patrimonio inicial de la persona jurídica, al realizar este acto, los bienes aportados se transferirán en propiedad a la E.I.R.L, incorporándose de manera definitiva, facultándose la oposición a terceros según sea la circunstancia, debido a la naturaleza del aporte.

La norma posibilita el aporte de bienes dinerarios o no dinerarios, prohibiendo de manera expresa el aporte que tenga carácter de inversión extranjera directa.

Se debe considerar el tiempo y la realidad social, política y económica en que se promulgó la E.I.R.L, siendo que, el desarrollo del país no es solamente a través de la realización de proyectos, públicos o privados, sino también a través de la inversión nacional y extranjera, si bien es cierto, actualmente la inversión extranjera está siendo impulsada por diversos dispositivos nacionales, la E.I.R.L no hace más que frenar una parcela de la inversión, cerrando las puertas a la inversión extranjera directa, dirigiéndola a las sociedades u otro tipo de agrupaciones.

El aporte dinerario necesariamente se debe realizar a través de un depósito en algún banco a nombre de la E.I.R.L, luego de esto, el comprobante de depósito se insertará, según corresponda, en la Escritura Pública de constitución o en la del aumento del capital.

En el caso de los bienes no dinerarios, específicamente hablando de bienes muebles e inmuebles, ellos deben ser previamente valorizados por el aportante, luego de ello, el Notario bajo responsabilidad insertará el inventario detallado donde conste la valorización efectuada de los bienes.

La transferencia opera en el caso de los bienes inmuebles con la inscripción de la Escritura Pública en el Registro de Personas Jurídicas, y en el caso de bienes muebles, previamente habiendo hecho una declaración jurada del aporte, en el momento de su entrega, la cual la norma no impide que sea ficta o real.

Una vez transferidos los bienes a la E.I.R.L, el riesgo sobre lo que pueda suceder con ellos es a cargo de la persona jurídica y no del aportante.

13. ÓRGANOS DE LA E.I.R.L

El artículo 36° del D. Ley establece que los órganos de la E.I.R.L, son *el Titular y la Gerencia*.

El *Titular* es el órgano máximo de la E.I.R.L, es el lugar donde se encuentra la voluntad del Titular y la voluntad de la E.I.R.L, siendo que no es un órgano de formación de la voluntad, sino es un órgano donde se mezcla la voluntad del Titular con la voluntad de la E.I.R.L.

Se contrae la calidad de Titular de dos maneras, a través de la constitución de la E.I.R.L, al ser constituyente automáticamente se es Titular, o por adquisición ulterior de los derechos del Titular, la cual puede ser mediante contrato de compraventa, permuta, donación o adjudicación en pago, y necesariamente elevada a Escritura Pública.

El Titular se encarga de determinar sobre el destino de los bienes integrantes del capital así como también de las actividades y ocupaciones que desempeñará la E.I.R.L, para lo cual debe sesionar bajo ciertos parámetros y tomar decisiones, las cuales se constituyen en manifestaciones auténticas de la E.I.R.L.

Sobre las facultades de disposición y administración en la exposición de motivos del Proyecto de Ley Tipo para América Latina sobre la E.I.R.L, **MAISCH VON HUMBOLDT** (1970, P. 26) señaló: *“Esta prescripción, de carácter declarativo, tiende a separar las dos esferas de competencia: el Titular que detenta las*

facultades de disposición de la empresa, y el gerente, administrador y representante legal de la misma”.

El D. Ley establece ciertas atribuciones correspondientes al Titular, determinadas según las características de la naturaleza de la E.I.R.L, estas atribuciones no son cerradas o limitativas, son abiertas debido a que, específicamente en el inciso j) del artículo 39° del mencionado se expresa que una facultad importante del Titular es **“Decidir sobre los demás asuntos que requiera el interés de la Empresa o que la Ley determine”.**

Las atribuciones de las que goza el Titular por naturaleza son irrenunciables, en la doctrina se ha asemejado mucho las funciones que le corresponde realizar al Titular con las de la Junta General, y nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno, obviamente moldeando al sistema el carácter unipersonal que lo caracteriza.

Es así que, el Titular podrá decidir desde la aprobación o desaprobación de las cuentas y el balance general de cada ejercicio económico, la cual es una facultad señalada expresamente, hasta las aprobación de un contrato de reconocimiento de deuda, mutuo y constitución de garantías el cual no se encuentra determinado taxativamente, siendo que todo tipo de decisión relevante deba constar por escrito en el libro de actas legalizado de acuerdo a Ley, con el objetivo que, una vez suscrita tenga fuerza legal.

El hecho que el Titular sea el órgano supremo, no justifica para que el mismo pueda realizar actividades que respondan únicamente al interés propio y no de la E.I.R.L, perjudicando en muchas ocasiones a terceros e incluso acreedores, es en ese sentido que el artículo 41° del D. Ley, señala los motivos por los cuales el Titular responderá de manera personal e ilimitada, siendo estos:

- a. Cuando la empresa no esté debidamente representada.
- b. Si hubiere efectuado retiros que no responden a beneficios debidamente comprobados.

- c. Si producida la pérdida del cincuenta por ciento (50%) o más del capital no actuase conforme al inciso c) del artículo 80° o no redujese éste en la forma prevista en el artículo 60°.

El tratamiento de la responsabilidad del Titular es una de las partes principales, si bien es cierto la E.I.R.L consagra el principio que la empresa responde por sus obligaciones sólo hasta el monto de su patrimonio, existe una excepción, el cual se encarga de los casos en que la limitación de la responsabilidad caduca, lo cual está debidamente sustentado en los posibles fraudes que podría cometer el Titular para perjudicar a distintas personas.

El segundo órgano de la E.I.R.L es la **Gerencia**, se entiende como gerente aquella persona encargada de dirigir los negocios, es un mandatario porque se le encomienda la administración y representación legal de la persona jurídica, se debe reconocer que, aunque ellos no son considerados empresarios, asumen determinadas funciones empresariales, en concordancia con lo mencionado, **MONTOYA MANFREDI** (1967, p. 315) señala que al gerente se *“le atribuye las facultades de administración, dirección y contratación, de una empresa o establecimiento fabril o comercial de otro”*, se debe dejar claro que, el Gerente representa a la E.I.R.L no al Titular de ella.

Se puede considerar que las funciones desempeñadas por el gerente demarcan el éxito o fracaso de la E.I.R.L, debido a esta razón, su cargo es considerado indispensable para dirigir las operaciones de la empresa.

La gerencia, así como sucede en las sociedades, es el resultado de la división entre la propiedad y la gestión, lo cual está sustentado en que en diversas ocasiones el Titular no posee las cualidades suficientes para encargarse de la administración, en ese sentido, la E.I.R.L otorga facultades suficientes a las personas calificadas con el objetivo que puedan encargarse adecuadamente de la administración y representación legal de la persona jurídica.

A diferencia de las sociedades donde el cargo de gerente puede ser ejercido por una persona jurídica, el artículo 44° del D. Ley señala expresamente que ***“la Gerencia será desempeñada por una o más personas naturales, con capacidad para contratar, designadas por el Titular”***.

En el sentido esbozado, por mandato legal únicamente las personas naturales pueden ser gerentes de la E.I.R.L, pero este no es el único requisito, se sobreentiende que el gerente debe ser un conocedor a profundidad del negocio porque es el personaje clave para el desarrollo eficiente de las actividades empresariales, teniendo como principal objetivo el crear sinergias, es decir, generar el máximo valor posible para poder conseguir mayores beneficios o utilidades y a consecuencia de ello renovar la confianza para su desempeño en el cargo.

El artículo 45° del D. Ley, faculta la posibilidad que el Titular pueda a su vez ejercer el cargo de Gerente, es en esa circunstancia que se verá obligado a asumir las facultades, deberes y responsabilidades de los dos cargos, es decir, por ser Titular y ser Gerente, siendo que, a consecuencia de ello para todo tipo de actos que realice deberá utilizar obligatoriamente la denominación de Titular-Gerente.

Obligatoriamente en la Escritura Pública de constitución deberá constar la primera elección del Gerente, luego de ello, las posibles posteriores designaciones deberán ser decididas por el Titular y constar en acta certificada para que sea posible su inscripción en el Registro de Personas Jurídicas y abastecer de publicidad a los nombramientos.

El Titular tiene la facultad de poder revocar en cualquier momento el cargo de Gerente otorgado, el D. Ley prohíbe expresamente la decisión que establezca la irrevocabilidad del cargo, esto encuentra su fundamento en que por un negativo y reiterado desenvolvimiento del puesto, el Gerente puede llegar a dañar irreparablemente a la empresa, para esto el Titular debe estar dotado de las cualidades necesarias para revocarlo de sus funciones y designar a otro o asumirlo, si se pudiera pactar la irrevocabilidad del cargo, el Titular no podría destituirlo pudiendo ocasionar daños irreversibles.

El D. Ley es atinente al regular que el cargo de Gerente fenece, además de lo descrito en los párrafos precedentes, por fallecimiento o por incapacidad civil de la persona que ejerce el cargo.

El artículo 52° del D. Ley regla la responsabilidad del Gerente, siendo que responderá ante el Titular y terceros por los daños y perjuicios que genere a consecuencia del incumplimiento de sus funciones, en el caso que sean varios los Gerentes, la responsabilidad será solidaria, de igual forma, el Gerente es particularmente responsable por:

- a. La existencia y veracidad de los libros, documentos y cuentas que ordenen llevar las normas legales vigentes.
- b. De la efectividad de los beneficios consignados en el balance.
- c. La existencia de los bienes consignados en los inventarios y la conservación de los fondos y del patrimonio de la Empresa.
- d. El empleo de los recursos de la Empresa en negocios distinto a su objeto.

En la Gerencia, al no ser un órgano colegiado, no debería existir la responsabilidad solidaria en caso que sean varios Gerentes, debido a que, los Gerentes toman decisiones individuales no grupales, solamente se debería exceptuar el caso de la participación de varios Gerentes, es decir, en el caso que un mismo acto u omisión pueda ser atribuido a más de un Gerente, se debería aplicar la solidaridad.

Se entiende que la responsabilidad del Gerente se aplica en una esfera mayor a la del Titular, debido a que responderá no solamente ante terceros, sino a su vez ante el Titular por las acciones negativas relevantes que pueda cometer en el ejercicio de sus facultades.

LOZANO (2006, p. 74) expresa que:

“la responsabilidad deriva del hecho de ser el gerente la persona que está en contacto permanente con las actividades de la sociedad y, por ello, en condiciones de conocer y proporcionar los informes necesarios para su buena marcha. Un deber de lealtad impone que las informaciones que

rinda deben ceñirse a la verdad para no inducir a una errónea apreciación de los hechos. El cuidado de los bienes y el deber de diligencia al servicio de la sociedad le obligan a comprobar la existencia de los bienes mencionados en el inventario, pues de no existir dichos bienes estaría dando lugar a una apreciación falsa de la realidad económica de la sociedad”.

Acertadamente el D. Ley señala el tratamiento de la responsabilidad solidaria entre el Titular con el Gerente, siendo desarrollado desde dos puntos de vista, el primero, donde el Titular responderá solidariamente con el Gerente en el caso que éste cometa actos que infrinjan la Ley, consten en el libro de actas y el Titular no los haya revocado o pudiera haber sumido medidas necesarias para neutralizar su efecto.

El segundo punto de vista se refiere que el Gerente responderá solidariamente con el Titular, en el caso que el Titular realice acciones que violenten la Ley constados en el libro de actas, y que no han sido impugnados en sede judicial por el Gerente en el plazo de 15 días de establecida el acta, solamente se le exime en el supuesto que acredite haber estado imposibilitado de conocerla oportunamente.

14. MODIFICACIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE CONSTITUCIÓN

El único facultado para modificar la Escritura Pública de constitución es el Titular, esto es debido a que, como órgano supremo de la misma y porque es quien ejerce las facultades de disposición puede modificarla, no pudiendo delegar la facultad de modificar algún artículo determinado a ninguna persona.

Toda alteración de la Escritura Pública de constitución debe cumplir con las formalidades impuestas legalmente, es decir, debe constar en Escritura Pública e inscribirse posteriormente en el Registro de Personas Jurídicas, para esto se le otorga un plazo de 30 días de otorgada la Escritura Pública, porque implica una modificación circunstancial que muchas veces es determinante en la E.I.R.L, como la modificación del objeto, domicilio, capital, duración, entre otras.

15. LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS

Según lo prescrito por el artículo 61° del D. Ley, es obligación del Gerente mostrar y entregar al Titular el Balance General de la E.I.R.L, a través de un informe donde se establezca la propuesta de repartición de beneficios existentes.

Se señala un plazo máximo de 60 días computados a partir del cierre del ejercicio económico, dentro de los cuales el Gerente deberá realizar lo prescrito anteriormente, se encuentra su explicación en que el plazo otorgado se considera prudencial para que el Titular pueda revisar los documentos contables y otorgarle la oportunidad para poder decidir al respecto.

La decisión de aprobación por parte del Titular de los documentos, no dispensa en ningún momento la responsabilidad en que pudiera incidir el Gerente, de lo contrario, se podría dar una serie de casos gravemente delictivos.

De los beneficios netos se debe detraer lo siguiente:

1. Los porcentajes pertenecientes a los trabajadores.
2. Las reservas legales y su aplicación.

Luego de efectuado lo descrito, y habiendo cumplido con lo establecido legalmente, el Titular podrá ejercer su derecho a participar de los beneficios, con el objetivo de poder percibirlos, siempre y cuando hayan sido ciertamente conseguidos y cuando el valor del patrimonio de la E.I.R.L no sea menor que el capital.

Recién después de todo lo descrito puede participar, y solamente en esta ocasión de los beneficios de la E.I.R.L, porque si se dejara abierta la posibilidad que pueda realizar retiros libres de justificación, podría existir un Titular inmoral que busque aprovecharse de la responsabilidad limitada de la institución para cuando guste disminuir el patrimonio aprovechándose de una manera inadecuada.

16. LAS SUCURSALES

El único facultado para poder establecer sucursales es el Titular. Las sucursales son consideradas como instauraciones secundarias no eventuales, por medio de las cuales, la E.I.R.L, podrá desarrollar actividades comprendidas dentro de su objeto, con la característica esencial que se encuentran en un lugar distinto al domicilio de la persona jurídica.

Otra característica de las sucursales es que no gozan de personería jurídica autónoma, es decir, no se constituye una nueva persona jurídica distinta, con lo que estarían obligadas a designar representantes legales con la finalidad de poder ser adecuadamente administradas.

CAPITULO II

ADMINISTRADOR DE DERECHO Y HECHO

4. ADMINISTRADOR DE DERECHO

4.1. DEFINICIÓN

Se consideran administradores de la sociedad quienes llevan a cabo la gestión y representación de la misma. **LOJENDIO OSBORNE**, citado por **RÍOS CORBACHO (s/f)**, apunta que se trata de un órgano necesario sin el que la sociedad no podrá cumplir su fin a través de la realización del objeto.

Aquellas personas pertenecientes al órgano de administración, son los que se denominan "*administradores de derecho*", pero se subraya una característica más, pues han de estar inscritos en el Registro de Persona Jurídica. Claro está que estos requisitos lo convierten desde el punto de vista penal en circunstancia peligrosa ya que se podría actuar eludiendo tales requisitos y se necesitaba señalar como autor a aquella persona que realizando funciones de administrador no reuniese dichas formalidades, con ello no sólo se beneficiaría a quien cometa hechos fraudulentos desde la situación jurídicamente incorrecta y no formalizada sino que además se crearía un peligroso incentivo para que los propios administradores procurasen ampararse deliberadamente en una situación orgánica irregular a efectos de eludir una posible responsabilidad penal.

4.2. REQUISITOS PARA SER ADMINISTRADOR DE DERECHO

Es por ello que solo podrá ser considerado Administrador de Derecho, quien ha sido designado para el cargo por la junta general, convocada con arreglo a lo establecido por nuestra ley societaria, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 153° y 185° respectivamente.

Además del nombramiento será preciso el cumplimiento de otros dos requisitos: la aceptación del cargo produce el efecto interno en la sociedad y la inscripción

en el Registro de Personas Jurídicas para los efectos externos, es decir ostentar la representación. Conforme lo prescribe el artículo 2° inciso d) del reglamento de inscripción de personas jurídicas.

4.3. CLASES

4.3.1. ADMINISTRADOR PLENO: INSCRITO Y EN FUNCIONES

Cumplidos ambos requisitos, y mientras no se produzca la separación del cargo, se ostenta el carácter y se ejerce de administrador con todas las bendiciones legales, se es por tanto administrador de derecho de la sociedad.

Como podemos apreciar, nos encontramos en el supuesto legalmente correcto del administrador electo que acepta el cargo, lo inscribe en el Registro de Personas Jurídicas y lo ejerce hasta su relevo. Es el auténtico administrador perfilado por la Ley y lo es en todos los sentidos, al unir la formalidad del nombramiento con el desempeño efectivo del cargo.

Sin embargo, existe una posibilidad de que alguno de los requisitos señalados anteriormente no se cumpla y que el administrador formal, no sea el efectivo, pasando entonces a ser administrador de derecho pero no de hecho, y son múltiples las posibilidades que se nos ofrecen.

4.3.2. ADMINISTRADOR INSCRITO INCONSCIENTE

Resulta evidente que la aceptación del cargo es totalmente necesaria. Es por ello, que nadie puede ser obligado a ejercer el cargo contra la voluntad del designado para desempeñarlo.

La doctrina especializada, manifiesta que el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación, por lo que, si el administrador nombrado no manifiesta inequívocamente su voluntad de asumir el cargo, el simplemente designado no es en ningún caso administrador de hecho ni de derecho, pues ni ejerce de hecho ni cumple los requisitos de derecho.

Sin embargo, surge la posibilidad de inscripción como administrador, de aquella persona que no manifestó su voluntad, es decir de alguien que no sólo no ha aceptado el cargo sino que hasta ignora la situación y el nombramiento, pudiendo verse implicado en una reclamación por responsabilidad como administrador de derecho sin conocer siquiera el nombramiento y desde luego sin haber aceptado el desempeño del cargo.

Y será tenido por todos indudablemente como administrador de derecho, al menos en la apariencia legal, por estar inscrito. Sin duda en este supuesto el administrador estaría legitimado pasivamente para soportar una acción de responsabilidad, sea social o de tercero, con los evidentes perjuicios que le acarrearía, entre ellos la propia dificultad probatoria de un hecho negativo, pues para cancelar la inscripción o conseguir la absolución de la demanda de responsabilidad tendrá que demostrar un hecho negativo: que nunca aceptó el cargo.

4.3.3. ADMINISTRADOR INSCRITO RELEVADO

La doctrina especializada señala que puede darse como supuesto la separación o la dimisión en junta del administrador inscrito y la aceptación del cargo por el sucesor, pero ausencia de inscripción en el Registro de inscripción de personas jurídicas la sustitución (art. 2º inc. a)), ya sea intencionada o no (MEZQUITA, 2003, pp. 68 y ss.).

La figura descrita da lugar a dos situaciones coexistentes: la primera, la del administrador ya relevado, que será aparentemente un administrador de derecho, y la segunda; la del administrador electo no inscrito, que será administrador de derecho para la sociedad y los socios pero no ante terceros.

Es indudable que el relevado administrador –sea por separación o dimisión- aunque esté pendiente la inscripción de su cese, ya no es un administrador pues le falta el requisito esencial que supone la designación vigente por la junta.

4.3.4. ADMINISTRADOR INSCRITO CADUCADO

El administrador inscrito cuyo plazo de ejercicio del cargo ha transcurrido sigue siendo plenamente administrador de derecho y por ello ostenta legitimación pasiva ante la acción de responsabilidad. Sólo se le considera separado del cargo una vez celebrada la siguiente junta ordinaria, o vencido el plazo en que debió celebrarse ésta, momento en el cual deja de ser a todos los efectos administrador de derecho, y desde el que en su caso tendría que comenzar el cómputo del plazo de prescripción de las acciones contra él.

5. EL ADMINISTRADOR DE HECHO

5.1. CONCEPTO

Para perfilar el concepto de administrador de hecho es preciso antes determinar en qué situaciones se puede hablar de la figura, establecer los apoyos legales que nos permitan la aproximación.

Como primera aproximación, podemos atribuir el carácter de administrador al que de hecho actúe como administrador de la sociedad.

Parece pues que se pretendió trascender de una formalidad fácilmente simulable hasta la realidad, y que tan obligado está a cumplir los deberes del administrador para con la sociedad quien actúa abiertamente en y ante el mercado, firmando los documentos y asumiendo la representación y la responsabilidad formal, como quien actúa en la sombra, bajo la cobertura o apariencias del desempeño formal del cargo por un tercero –el clásico testaferro– pero en realidad decide los destinos sociales y controla los movimientos patrimoniales.

Es por lo tanto administrador de hecho, quien desempeña la gestión de la sociedad, sin título legal que le habilite formalmente, pero con el

consentimiento de ésta, ya sea expreso o al menos tácito, es decir sin oposición de los órganos sociales.

No obstante se debe matizar la conclusión en el sentido de que la extensión de la responsabilidad solo debe hacerse precisamente a el que actúe, es decir a quien personalmente haya tomado la decisión en última instancia y en todo caso a quien conociéndola y pudiendo impedirla no lo hizo, sin que ello signifique que directores, apoderados y administradores respondan siempre y solidariamente de todos los actos sociales.

Más bien se trata de imputar la infracción al responsable último de la decisión en aquellos peculiares pero muy abundantes casos en que el administrador inscrito no es quien en realidad toma las decisiones. Es indudable que existe un problema de prueba, pero de ser así estaríamos ante la diferencia entre la figura del administrador formal o aparente –administrador de derecho- que pone la cara por delante y aparece como pleno administrador ante terceros, y la actuación del administrador real o efectivo –administrador de hecho- que se oculta tras la protección del otro pero es en realidad quien hace y deshace.

El concepto de administrador de hecho requiere también, y como elemento fundamental, una nota de habitualidad y permanencia del ejercicio efectivo de la función gestora. Es decir que para que alguien pueda ser considerado administrador de hecho es necesario que actúe habitual y continuadamente como tal, no puede bastar para ello una simple decisión ocasional por importante que ésta haya sido para el devenir social.

En vista a lo expresado en los párrafos anteriores, podemos indicar que el administrador de hecho es quien ejerce efectiva y personalmente las funciones plenas de gestión de la sociedad, de forma habitual y sin sumisión a otro, sin ostentar el cargo formal de administrador, pero con consentimiento o al menos sin oposición de la sociedad, manteniendo destacada influencia en los asuntos sociales, tenga o no facultades expresas de representación.

A quienes estén en las anteriores circunstancias, se les podrá exigir íntegramente el comportamiento, diligencia, responsabilidad y, en suma, el régimen de actuación al que están sometidos los administradores formales o aparentes.

5.2. CLASES DE ADMINISTRADOR DE HECHO

5.2.1. ADMINISTRADOR OPORTUNISTA, DESIGNADO PERO NO INSCRITO

Es el caso del administrador correctamente designado en junta que entretiene interesadamente la inscripción de su nombramiento, mientras toma decisiones delicadas, aparentemente protegido por la responsabilidad del inscrito, pues éste será el primer destinatario de cualquier reclamación de tercero.

De acuerdo al Tribunal Supremo Español nos encontramos ante un caso de hibridación de difícil deslinde. En realidad es el único en que no se puede discernir con certeza si es un administrador de hecho o de derecho, ya que se consideran que la inscripción no es constitutiva para el desempeño del cargo y le califican como administrador pleno al menos en las relaciones internas de la sociedad, luego es un administrador de derecho ante las acciones emprendidas por la propia sociedad o los socios. (STS del 11 de abril de 2007 (RJ 2007/1752))

Es menester señalar que la jurisprudencia española considera que el plazo para la prescripción de las acciones contra el administrador no puede comenzar a contar hasta la inscripción y publicación del cese, en protección de los intereses de terceros, con lo cual seguiría siendo, como sabemos, administrador de derecho el ya separado por la junta (STS de 26 de junio de 2006, RJ 2006, 3747). Consecuentemente no se puede calificar a este espécimen oportunista como un pleno administrador de derecho en las relaciones externas de la sociedad, puesto que lo es el otro.

PRADES (2011, p. 260) señala que esta sentencia deja abierta la puerta a la posibilidad de que si se llega a demostrar que el tercero actuante conocía por otro medio el nombramiento del nuevo administrador, incurriría en mala fe demandando solo al inscrito, y este argumento vuelve a llevarnos a considerar al oportunista administrador de derecho al menos ante todos aquéllos a quienes consten el nombramiento del nuevo y su aceptación.

Ante la duda razonable, y puesto que no se le puede considerar universalmente como administrador de derecho mientras no se inscriba su nombramiento, preferiremos mantenerlo en el grupo de los administradores de hecho, aunque desde luego en caso de acción contra el administrador inscrito ya relevado podrá éste llamarlo al pleito alegando litisconsorcio pasivo, y la prueba de su actuación como administrador debiera acarrear en lógica la exoneración total del inscrito ya que éste ni siquiera puede ser acusado de negligencia en la inscripción de su cese pues carece de atribución legal de la potestad de inscribirlo, como ya hemos visto.

5.2.2. ADMINISTRADOR NOTORIO SIMPLE

Se trata de la primera manifestación del fenómeno ya denominado como administrador notorio (PERDICES, 2001, pp. 281 - 283), bajo el que se recoge el supuesto de aquél que actúa como administrador abiertamente, tanto ante terceros como internamente, pero lo hace careciendo absolutamente de título que le faculte para actuar como tal. Su legitimación interna suele estar basada estrictamente en el miedo reverencial; mientras que la legitimación externa se produce por el conocimiento general de los terceros con quienes la sociedad contrata de que es él quien en realidad ostenta el poder en la empresa, relación de confianza que se emparenta con los antiguos usos de los mercados en los que la relación se basaba exclusivamente en la fiabilidad y el prestigio de la palabra personal, es decir la incidencia de la buena fe en el mercado.

No cabe duda de que estamos ante un administrador de hecho que además no se oculta en el tráfico, pero preferimos llamarle notorio simple para mejor diferenciarlo del que a continuación denominaremos notorio apoderado.

No presenta problema alguno de detección ni será difícil probar su legitimación pasiva ante la acción de responsabilidad, ya que su actuación se define precisamente por actuar sin ambages ni simulaciones en el tráfico mercantil y en el orden interno de la sociedad. Es también indudable que el administrador notorio simple responde de las omisiones, ya que aunque no esté válidamente facultado para convocar la junta, por ejemplo, no cabe duda alguna de que tiene en la mano los mecanismos necesarios para que la convoque quien sí puede hacerlo.

5.2.3. APODERADOS GENERALES

Muy cercano al notorio simple ya descrito se sitúa el supuesto del administrador camuflado bajo el poder general de gestión, causa de frecuente análisis doctrinal por su constante aparición en el tráfico (SUAREZ, 1962, pp. 47 y ss.).

Aquí encontramos dos modalidades básicas, en las que se puede subsumir la enorme variedad casuística, que suele presentar en general pequeñas diferencias de matiz, desdeñables en este análisis general.

a) Administrador notorio apoderado

La primera de ellas es la del administrador notorio que actúa externamente con un poder general, sin ocultar en el tráfico su carácter de pleno gestor de la sociedad, utilizando el poder exclusivamente en el sentido de vencer la natural resistencia del tercero a contraer vínculos contractuales o negociales con quien no está legalmente legitimado para ello.

Vale para éste, al que llamaremos notorio apoderado, lo dicho para el notorio simple, del que resulta ser una variante ilustrada, perdiendo a ambos precisamente la notoriedad y trascendencia ante terceros del carácter de su actuación, que facilitan tanto su detección como la prueba ante tribunales en ambos casos, ya que es característica compartida el actuar abiertamente.

b) *Administrador oculto apoderado*

La segunda modalidad de este grupo, que denominaremos administrador oculto apoderado, cubre la situación de quien actúa en realidad como un auténtico administrador, pero sin jamás presentarse como tal sino siempre bajo la capa del apoderado general. Comúnmente adopta en las relaciones externas la forma del director general o gerente, sin aceptar ante terceros que desempeña de hecho la administración. Ésta queda aparentemente encomendada a un tercero, modalidad del administrador de derecho al que más adelante clasificaremos como administrador bausán, a cuya descripción posterior nos remitimos.

La clave para descubrir la figura del administrador oculto apoderado está en que, como ha tomado la precaución de interponer al aparente, cree estar totalmente a salvo de las reclamaciones y acciones de responsabilidad y suele excederse en su actuación.

El supuesto es habitual en pequeñas y medianas empresas de carácter familiar –más raramente, pero también aparece en grandes grupos de sociedades, generalmente con el mismo origen familiar- en las que el patriarca reparte los cargos de administración entre sus herederos, pero los mantiene bajo control y vigilancia, conservando poderes generales para rectificar los ocasionales desvíos de su voluntad dictada. En muchas ocasiones se hibrida con el supuesto del socio único, ya sea directo o por intermediarios.

No suele resultar difícil su identificación y demostración, ya que tiene una extrema tendencia al intervencionismo y al ejercicio de la potestad, con lo que su presencia resulta fácilmente discernible y, por lo general, demostrable procesalmente en caso de necesidad, aunque la exigencia efectiva de la responsabilidad es algo más difícil de obtener en tribunales que en los casos anteriores.

5.2.4. GRUPO DE SOCIEDADES

El problema de los administradores de las sociedades integradas en un grupo ha suscitado frecuente preocupación en la doctrina, que se ha interesado desde diferentes posturas en resolver una cuestión evidentemente controvertida, tanto antes como después de la aparición de la figura en el ordenamiento privado.

Lo ya dicho para el socio único es aplicable para el grupo de sociedades cuando la existencia de éste no deriva de una real necesidad de independizar y diversificar la gestión de las componentes del grupo por motivos justificados, pero si éstos existen es muy difícil que la injerencia de una sociedad en otra del grupo llegue a producirse, pues iría contra la propia causa de la constitución del grupo (CANDELARIO, 2004, pp. 17 y ss.).

La diversificación del riesgo es un principio esencial de la gestión, y es perfectamente legítimo crear un conjunto de compartimentos estancos – sociedades con personalidad independiente- que permitan en su caso no contaminar los resultados de las florecientes con los de las que peor funcionan, pero para ello es necesario un minucioso respeto de la legalidad que requiere precisamente eso: independencia en la gestión. No estaremos ante un objetivo legítimo cuando el conjunto de sociedades se diseña como, o deviene en, un artificio para acumular los beneficios en la o las sociedades dominantes y las pérdidas en las inferiores del conjunto, mediante la imposición de precios abusivos en las operaciones entre sociedades del grupo, o para mantener los activos en una sociedad

mientras los pasivos gravitan sobre las otras (ALONSO & PULGAR, 2007, pp. 19 y ss.).

Cuando en el diseño encontramos a los mismos administradores en todas las sociedades, con escasa diferencias en la composición de los órganos colegiados, es imposible creer que las mismas personas tienen en cada sociedad como objetivo único la prosperidad de ésta y prescinden de los intereses de las restantes, en especial si todas ellas tienen el mismo objeto social o si estamos ante filiales nacionales de otras de superior entidad e implantación geográfica.

Lo mismo cuando hallamos en los consejos de las subordinadas a miembros de la dirección y altos cargos de las dominantes, todo ello sin entrar en las consideraciones relativas a si la unidad de acción y el objetivo común no son en sí mismos suficientes para entender que se actúa como administrador de hecho cuando se imponen objetivos comunes a todas las sociedades, más allá de la supervivencia independiente de cada una de ellas.

No creemos que deba deducirse automáticamente de la posición de dominio, ni de único accionista, la cualidad de administrador de hecho. Se requiere para ello algo más que la simple posibilidad de imponer y ha de ser el acto real de imponer decisiones, aunque sea suficiente con un solo y único acto de imposición (LATORRE, 2003, p. 687).

Es más, esta correspondencia automática, de mantenerse por parte de los tribunales, puede perturbar gravemente el devenir económico pues sin duda provocará un replanteamiento de las futuras decisiones de inversión.

6. COLABORADORES INSTRUMENTALES O ABSTENCIONISTAS

Cabe bajo este epígrafe una variada casuística de administradores de derecho que no fueron incluidos entre los analizados en su momento, dado que tienen como

característica común el pretender otorgar a la sociedad una apariencia de normalidad en la designación de los cargos, pero en realidad solo cumplen la función de, con su presencia, servir de cobertura a quien es el administrador efectivo. Por ello son de más fácil estudio y comprensión una vez que conocemos las variedades de administradores de hecho.

Son todos Administradores de Derecho Instrumentales, bajo cuya designación incluimos a los que lo son de mera apariencia o conveniencia y por ello colaboradores necesarios del administrador real o de hecho. En mayor o menor grado pero siempre –con una excepción– actúan en colaboración con el administrador de hecho y se abstienen voluntariamente de ejercer el cargo en toda su extensión legal. Hombres de paja, sin duda todos ellos tienen legitimidad pasiva en la acción de responsabilidad. Y no cabrá exonerarles de la responsabilidad legal del administrador que aparentan ser, por tratarse de colaboradores necesarios del fraude, si bien en algún caso pueden llegar a ser colaboradores forzados y no voluntarios.

Ya que es posible establecer entre ellos una cierta variación tipológica, que siempre irá unida a las características del administrador de hecho a quien ocultan y sirven, distinguiremos entre los Administradores Instrumentales los siguientes ejemplares:

6.1. ADMINISTRADOR BAUSÁN

Término medieval utilizado para denominar los bultos de paja revestidos de ropa que se utilizaban para, apoyados en las almenas y saeteras, simular que el castillo estaba defendido por fuerzas superiores a las reales. Parece adecuado el término para designar al que aparece en simbiosis con el administrador oculto apoderado, pues el bausán se limita a aparentar que está, pero se abstiene de toda actuación y ni tan siquiera rubrica las operaciones: éstas se realizan por el oculto en virtud de los poderes generales que se ha autoconcedido (PRADES, 2011, p. 268).

Se trata en realidad de un supuesto tan anodino que hasta es indiferente que se le condene o no, porque lo habitual es la elección de un insolvente para encarnar la figura.

6.2. ADMINISTRADOR FLORERO

Tan abstencionista como el bausán e incluso más si cabe. Su función es estar porque hay que tener un administrador social, y porque adorna aunque sea inútil. Comúnmente es el complemento del administrador notorio, tanto en su variedad de simple como en la de apoderado, y su inutilidad deriva de que su principal suele acabar condenado a indemnizar al demandante por haber actuado demasiado abiertamente (PRADES, 2011, p. 268).

6.3. ADMINISTRADOR TESTAFERRO

El más conocido de los aquí relacionados, y algo menos abstencionista que los anteriores, pues la cabeza de hierro está diseñada para actuar con cierta independencia, hasta que su principal, que suele ser socio único o grupo de sociedades, aunque se han documentado algunos ejemplares de notorios y apoderados, le requiere obediencia.

Por lo tanto ejerce normalmente en el tráfico, permitiendo las “ocasionalmente habituales” intervenciones de su principal, al que oculta con más efectividad que el bausán y el florero, aunque dista de alcanzar la perfección. Su utilización puede llegar a resultar peligrosa, por la tendencia a mutar a la mínima oportunidad en el que a continuación se describe, de cuya fase larvaria es imposible distinguirlo, sin que existan criterios o indicios que permitan prever la causa ni el momento de la metamorfosis (PRADES, 2011, p. 269).

Cabe precisar que de acuerdo a lo estipulado en el inciso primero del artículo 5-D del Decreto Legislativo N° 813, Ley Penal Tributaria, se dispone que la pena privativa de libertad será no menor de 8 (ocho) ni mayor de 12 (doce) años y con 730 (setecientos treinta) a 1460 (mil cuatrocientos sesenta) días-multa, si en las conductas tipificadas en los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo N° 813 concurren como una de las circunstancias agravantes la utilización de una o más personas naturales o jurídicas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero deudor tributario.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se aprecia que mediante el citado artículo se prohíbe de manera expresa el uso de los testaferros como administradores de una sociedad mercantil; acción que es sancionada en forma penal y administrativa.

6.4. ADMINISTRADOR ESTAFERMO

Término también medieval que designa un artilugio de entrenamiento para las justas y torneos consistente en una cruz, que gira sobre su eje vertical, de uno de cuyos brazos pende una rodela y del otro un saco de arena.

Al ser golpeada la rodela, el estafermo gira sobre su eje y devuelve con el brazo opuesto el golpe recibido en el brazo anterior.

Aquí nos sirve para designar al testaferro que se revuelve contra su principal y le hace salir a la luz, “*devolviendo el golpe*”, en ocasiones por oscuros motivos edípicos y en otras porque, al no ser insolvente, protege su propio peculio de la reclamación del tercero. Generalmente actúa en simbiosis con socios únicos y grupos de sociedades.

6.5. ADMINISTRADOR MATRIOSHKA

Que nos sirve para designar al administrador títere designado por la persona jurídica que administra a la sociedad. Se pretende así ocultar la personalidad del auténtico administrador social, encriptándolo bajo una sucesión de personas jurídicas subsidiarias unas de otras. Así al colocar varios uno dentro de otro, a la manera de las populares matrioshka –muñecas rusas de las que toma el nombre- se pretende ocultar, bajo varias capas de camuflaje supuestamente impenetrables, el rastro de la persona física que realmente toma las decisiones. Obviamente actúa en simbiosis con el modelo encriptado o administrador del administrador (PRADES, 2011, p. 269).

6.6. ADMINISTRADOR DEMEDIADO

Muy poco documentado, corresponde al administrador formal y efectivo que se ve obligado por circunstancias a seguir los dictados del tercero que ha adquirido ventaja y control sobre él. Es el único que no actúa en colaboración, sino que al contrario es parasitado por su principal, y por lo general es el resultado de circunstancias económicas dramáticas para la sociedad que administra, que no logrará finalmente eludir, siendo casi siempre su destino la ruina personal.

CAPITULO III

ELUSIÓN Y EVASIÓN TRIBUTARIA

4. EVASIÓN

4.1. CONCEPTO

La palabra evasión proviene del latín *evadere*, que significa “*sustraerse*”, “*irse*” o “*marcharse*” de algo donde se está incluido. A semejanza del derecho penal común, en que la evasión es la fuga de quien esta privado de su libertad, en derecho tributario, evadir es sustraerse al pago de un tributo que legalmente se adeuda, y hay evasión ante toda eliminación o disminución de un monto tributario mediante conductas fraudulentas u omisivas. (GARCÍA, 1996, p. 397)

El diccionario de la Real Academia Española define a la evasión como la acción y efecto evadir, definiendo a esta como eludir con arte o astucia una situación. (RAE, 2012)

La evasión fiscal ha sido estudiada desde variadas perspectivas, pero con mayor atención desde las ciencias económica y jurídica.

Desde el punto de vista económico, **COWELL** (1990, p. 72) señala que la evasión fiscal presenta tres problemas especiales: primero, se comete contra un agente económico muy especial, el Estado, que desempeña simultáneamente los papeles de creador del tributo, víctima y árbitro; segundo, la relación delicada existente entre los agentes involucrados en la economía sumergida o informal, distorsionando el sistema impositivo al carecer de información fehaciente para adoptar las políticas fiscales; y tercero, la relación especial entre la evasión

fiscal y algunos otros temas fundamentales para la hacienda pública: la ambivalencia existente entre el Estado como guardador del bienestar público y los ciudadanos, que velan por su propio interés económico. De esta ambivalencia surgen, por una parte, los mecanismos evasivos, y por la otra, las herramientas fiscales para combatirlos.

Es evidente que la evasión fiscal produce una serie de efectos perjudiciales para la organización pública, importando en sí misma un comportamiento a todas luces antisocial: inhibe al Estado de aquellos recursos necesarios para financiarse y para concretar las políticas públicas; provoca una competencia desleal entre aquel que cumple sus obligaciones fiscales y aquel que las evade, obteniendo una ventaja comparativa aquel que violó la ley; provoca un conocimiento imperfecto de información relevante para la hacienda pública, entre muchos otros.

Desde un punto de vista político, violenta el principio de justicia social. En el camino evasivo se pierde la redistribución de la renta y altera todas las políticas micro y macroeconómicas implementadas en atención al fin social del Estado, que no es otro que la consecución del bienestar público. Como colofón, desde el derecho, se vulnera la ley que consagra estos principios y la implementación del sistema tributario.

Pero desde una perspectiva jurídica, la evasión es definida como todo acto u omisión que violando las disposiciones legales, en el ámbito de un país o en la esfera internacional produce la eliminación o la disminución de la carga fiscal. (GARCÍA, 1996, p. 397)

La evasión tributaria es definida como el incumplimiento total o parcial, de los contribuyentes en la declaración y pago de las obligaciones tributarias. Esta es una actividad ilegal, que constituye un intento deliberado de ocultación subestimación de utilidades gravables, así como la manipulación de los ingresos y gastos. (POLANCO, 1995, p. 20)

Con respecto al concepto de evasión tributaria, SANABRIA (1997, p. 526) señala que: “...*la evasión tributaria es un concepto genérico que engloba tanto al ilícito tributario (Infracción Tributaria) como al ilícito tributario penal (Delito Tributario)*”.

En el trabajo de investigación de Rodas Aguilar se menciona que Matus Benavente califica la evasión tributaria como un fenómeno financiero, que consiste en sustraerse el pago de los impuestos, privando al Estado de su ingreso y configura la evasión ilícita como aquella que se realiza violando las leyes tributarias y en que, no obstante estarse jurídicamente obligado a satisfacer el impuesto, porque se ha cumplido los requisitos legales para que nazca a favor del Estado el Crédito Tributario, el contribuyente contraviniendo la ley no cancela el impuesto.(AGUILAR, 2010, p. 16)

La evasión fiscal resulta entonces una especie de la defraudación fiscal o tributaria, que además de ser un ilícito penal, repercute directamente en contra de la actividad estatal.

4.2. ELEMENTOS

La evasión fiscal resulta ser una especie del género de defraudación fiscal, sin embargo, no podría catalogarse como igual si dentro de la doctrina se diferencia por sus elementos.

Dentro de la evasión fiscal se ha podido determinar que debe existir una persona con un *animus fraudandi* es decir con un ánimo de causar un detrimento en lo recaudado por el Estado.

De dicha cuenta, el sujeto defraudador o evasor tiene como fin causar a través de artimañas o mecanismos ilegales un error dentro de la Administración Tributaria para poder dejar de pagar total o parcialmente un tributo que legalmente está llamado a cubrir.

Sin embargo, dentro de un territorio cada vez más globalizado se han podido encontrar mecanismos legales que permiten que un sujeto no deba cubrir un impuesto como normalmente se realiza a través del peculio, sino pueda realizar otras acciones que le permita satisfacer las exigencias legales, de tal cuenta estando bajo este supuesto no se podría decir que se da la defraudación o evasión ya que la misma ley lo estaría avalando, pero si este individuo omite realizar el pago a través de actividades contrarias a la ley se puede asegurar que estaría bajo otro de los elementos de la evasión.

Es por ello que los elementos esenciales de la evasión fiscal son:

- Que exista una persona física o moral, obligada al pago del impuesto.
- Que se deje de pagar total o parte del impuesto.
- Que infrinja una ley.

4.3. CAUSAS DE LA EVASIÓN

Las causas de la evasión se han estudiado desde distintas disciplinas, asumiendo todas ellas en sus modelos que la evasión se realiza intencionalmente por el contribuyente.

La ciencia económica ha analizado el comportamiento evasivo considerando cuatro variables que se conjugan al momento de tomar la decisión de evadir: los ingresos no declarados, la probabilidad de que el contribuyente sea auditado, la alícuota proporcional y no progresiva del gravamen, y finalmente el nivel de sanciones (LAMAGRANDE, s/a).

Se ha criticado el enfoque económico, en razón que excluye variantes determinantes en la conducta evasiva, reduciendo el razonamiento a una simple ecuación aritmética.

Otros enfoques basan su metodología en las encuestas y los experimentos sociales; sin embargo, se ha criticado el sesgo de esta metodología, pues intenta reproducir el fenómeno sin que pueda garantizarse que ante idénticos estímulos se obtendrán efectos análogos.

Algunas investigaciones multidisciplinarias han identificado distintos factores que interactúan en el comportamiento del evasor: la predisposición a defraudar, la habilidad subjetiva para defraudar y la oportunidad subjetiva para hacerlo. También debemos considerar la susceptibilidad del contribuyente frente al reproche social al que sería sometido en caso de establecerse su culpabilidad, o al conocerse la imputación de una acusación de evasión. Las investigaciones, en especial las económicas, psicológicas y sociológicas, dan un amplio espectro de las razones que motivan a los evasores para acometer su conducta, investigaciones de sumo provecho para el legislador al momento de establecer mecanismos para desincentivarlas.

4.4. LA EVASIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En la dogmática jurídica, uno de los primeros autores en tratar el tema de la evasión es *Einaudi*, quien distingue entre evasión legal e ilegal, dependiendo de si la sustracción del contribuyente se hace cumpliendo o incumpliendo las normas legales. Esta es una definición clásica de este fenómeno, que en los primeros estudios distinguía entre evasión legal e ilegal, y que ha sido progresivamente abandonada por la doctrina comparada desde a lo menos mediados del siglo pasado

GIULIANI FONROUGE, citando a **BLUMENSTEIN**, califica como evasión la disminución de impuesto resultante de determinada conducta del obligado y comprende dos subcategorías: la sustracción y el fraude tributarios (GIULIANI, 1993, p. 680). La primera consiste en sustraer a un ente público, en todo o parte, un impuesto que conforme a la ley le corresponde. El fraude encarna una especie cualificada, por la naturaleza de los medios que emplea para obtener la evasión fiscal.

Por su parte **REZZOAGLI** (S/F), define el ilícito tributario como: *“la vulneración de las normas tributarias mediante una conducta antijurídica, la cual puede consistir en la omisión de actos ordenados o en la ejecución de los prohibidos por la ley”*, entendiendo que la obligación tributaria puede ser

formal (lo será cuando el mandato se dirija a obtener acceso a la información y ejecutoriedad de los tributos) o material (pago del impuesto). Mientras que **FOLCO** define la evasión como: *“todo acto u omisión que, en contracción a la ley fiscal aplicable al mismo, provoca indebidamente la disminución o eliminación de la denominada carga tributaria”*.

Para algunos, la evasión fiscal se yergue como el género, y la defraudación fiscal como una especie de ésta, que se distingue por el dolo utilizado por el contribuyente, y para otros el género será la defraudación, siendo la evasión una especie de la misma.

Por su parte, **VILLEGAS** (2001, p. 382) la define como:

“toda eliminación o disminución de un monto tributario producida dentro del ámbito de un país por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo y que logra tal resultado mediante conductas fraudulentas y omisivas violatorias de disposiciones legales”.

4.5. CARACTERÍSTICAS DE LA EVASIÓN

Las características de la evasión varían según el autor que las trate y conforme cómo la conceptualice. Para una parte mayoritaria de los tratadistas que logran aislar e identificar las características esenciales de este fenómeno, la conducta del contribuyente tiene un elemento objetivo, que consiste en el incumplimiento de la obligación tributaria que ya ha nacido perfecta, y uno subjetivo, consistente en la intención o la negligencia al pagar el tributo.

Sin embargo tal y como mencionamos, creemos que lo relevante de la evasión reside en el nacimiento perfecto de una obligación tributaria, con prescindencia del elemento subjetivo del contribuyente. El dolo o la culpa será relevante para fines penales, pero desde una perspectiva tributaria, donde lo que interesa es determinar si la obligación tributaria material nació, y si se satisfizo o no. La determinación del dolo o la culpa será tarea del derecho penal tributario.

Podríamos señalar, de acuerdo con la doctrina más reputada y vanguardista, que la evasión se caracteriza por el nacimiento perfecto de una obligación tributaria, y por su incumplimiento por parte del contribuyente. Este incumplimiento puede ser total o parcial, y puede concretarse mediante la ocultación de información a las autoridades fiscales, sea respecto de la existencia del hecho gravado mismo, sea respecto del monto de la base imponible: lo distintivo es la disminución del tributo que se debe legal y legítimamente al Estado, obtener un ahorro impositivo contradiciendo abierta y flagrantemente una disposición legal que, tras verificarse los supuestos de hecho, se desacata por los contribuyentes.

4.6. EFECTOS

La evasión tributaria no solo implica un acto ilícito perseguible por la ley, sino que también tiene otros efectos que se manifiestan en la sociedad, uno de ellos es la reducción de los ingresos tributarios, ante lo cual los gobiernos tienden a elevar la carga tributaria o crear nuevos gravámenes como medida de ajuste del déficit fiscal.

Según **PÉREZ SALANÍC** (2010, p. 23) otro efecto es la competencia desleal entre el evasor y el agente económico que cumple con todas sus obligaciones, de ahí que los altos montos de evasión desprestigian la acción del ente fiscalizador aumentando sus costos y reduciendo la disposición de los contribuyentes a declarar correctamente.

De acuerdo con una investigación realizada en México, existe una relación negativa entre el grado de evasión y el tamaño de la empresa. Un aumento en la dimensión de la compañía medido por sus ingresos, disminuye porcentualmente los impuestos omitidos, lo que se explica porque la hace más visible y la probabilidad de ser auditada aumenta. Por lo tanto existe una relación inversa entre la probabilidad de auditoría y la tasa de evasión. El número de auditorías determina la posibilidad para que un evasor sea detectado. La probabilidad de ser auditado disminuye la evasión, siendo las primeras auditorías más efectivas que las siguientes y dependiendo de la clase de industria o servicios de que se trate, así mismo será el grado de evasión. (PÉREZ, 2010, p. 23)

Otro efecto de la evasión es la desigualdad que produce en la distribución de la carga tributaria, al reducirse la cantidad de contribuyentes, lo cual determina que ésta además de gravar a un número pequeño de personas, se distribuya de manera distinta y más costosa. Quienes realizan actividades económicas cancelando todos los impuestos, se hallan en situación adversa frente a quienes evaden. (PÉREZ, 2010, p. 23)

La desigualdad contributiva no siempre incide en los precios pero puede influir indirectamente modificando las condiciones y la capacidad productiva de las empresas, al reducir sus posibilidades económicas. El comportamiento ilegal que no es sancionado, se constituye en elemento psicológico que va en contraposición con la moral, influyendo negativamente en el cumplimiento de las obligaciones impositivas de quienes las consideran como un deber social. (PÉREZ, 2010, p. 23)

5. ELUSIÓN

5.1. CONCEPTO

Para el Diccionario de la Real Academia Española, la elusión es el acto y efecto de eludir, y por su parte la definición que da el mismo texto citado de eludir es en una de sus acepciones evitar algo con astucia o maña (en inglés tax avoidance). (RAE, 2012)

PÉREZ & CALZADILLA, citando a **FRAGA**, señalan que la elusión busca que el hecho generador no se produzca, según él en la elusión no hay intención dañosa, ni maniobras o engaño para inducir en error a la Administración Tributaria. (PÉREZ & CALZADILLA, 2009, p.88)

GARCÍA VIZCAÍNO menciona que la elusión tributaria, es la conducta antijurídica consistente en eludir la obligación tributaria mediante el uso de formas jurídicas inadecuadas para los fines económicos de las partes y por lo tanto constituye una forma de evasión. (GARCÍA, 1996, p. 187)

Se puede en consecuencia establecer que la elusión fiscal consiste en evitar o retrasar el pago de determinados impuestos, sin transgredir la ley, es decir, utilizando para ello mecanismos y estrategias legales, aparados en el derecho constitucional de libertad de acción.

Dicha situación se genera al momento de la redacción de una ley, ya que los legisladores tratan de hacerlo con la máxima precisión posible, encuadrando en el fenómeno legal denominado *“rigidez legal”*, que no es más que la delimitación de los hechos y factores que la violan, y al realizar cualquier hecho no encasillado dentro de las transgresiones no se comete el supuesto. A pesar de que el legislador trata de prever todas y cada una de las situaciones, no es infrecuente que se produzcan ambigüedades en los textos legales, que dan lugar a diferentes interpretaciones

Alguno de los conflictos comunes que se dan es que la ley puede entrar en conflicto con otras normas ya existentes o pueden surgir situaciones nuevas que no estaban previstas ni reguladas. Esto último es lo que se conoce como un vacío legal

5.2. ELEMENTOS

TULIO ROSEMBUJ establece que el elemento más importante de la elusión, entonces, consistiría en la adopción de instrumentos de negocios o no, pero, en cualquier caso, ejercitadas dentro de las prerrogativas propias de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación lícita y cuyos efectos son merecedores de tutela jurídica, en cuanto tales. (PÉREZ & CALZADILLA, 2009, p.121)

Se establece como elementos principales los siguientes:

- La voluntad del contribuyente, ya que el contribuyente quiere el resultado.
- La licitud del acto, ya que la elusión es un acto lícito que no viola la ley, solo aprovecha la excepción y los vacíos que deja la legislación.
- El sujeto activo de la elusión es el contribuyente liberado de la tributación total o parcial.

- El sujeto pasivo de la elusión es el Estado, en consecuencia de dejar de percibir los tributos esperados

5.3. CARACTERÍSTICAS

En la elusión, es indispensable para que sea considerada como tal, una distorsión de la forma jurídica, una anormalidad frente a la realidad económica, a fin de evitar el pago del impuesto correspondiente. (GARCÍA, 1996, p. 39)

ARAUJO explica que no toda ventaja tributaria, lograda por el contribuyente, constituye una elusión, sino que para ello es indispensable que haya una distorsión de la forma jurídica como se menciona con anterioridad y que también debe existir una atipicidad o anormalidad de ésta frente a la realidad económica que se exterioriza mediante aquélla, porque de otra manera no hay elusión. Puede ocurrir que el contribuyente arregle sus negocios para pagar menos impuestos. Nada lo impide, siempre que no se produzca aquella manipulación del hecho generador en lo que respecta a su investidura jurídica. (ARAUJO, 1964, p. 170)

Es indispensable a criterio del autor del presente la atipicidad o anormalidad de la forma cuya utilización sólo se explique por la intención de evadir el tributo.

En Estados Unidos, en el conocido fallo “Gregory v. Helvering” se reiteró que la intención de evadir el impuesto no es suficiente para someter a gravamen un hecho que por sí mismo no sea punible.

La base fundamental de la cuestión consiste en no confundir la evasión tributaria por abuso de las formas con la simple evasión fiscal mediante la utilización de formas jurídicas menos gravosas, que es válida y perfectamente legítima. (RIVAS, 2007, p. 22)

Los principales caracteres de la elusión fiscal son los siguientes:

- Se trata de una conducta lícita, porque se no transgrede el ordenamiento jurídico vigente mediante simulación;

- Cuando nace la obligación tributaria, los actos encaminados a evitarla o reducirla ya han sido practicados;
- No debe confundirse con la simulación fiscal, puesto que ésta, la elusión, es por el contrario, una conducta legítima del contribuyente en el sentido de ordenar sus negocios a modo de aminorar la carga impositiva;
- Debe distinguirse, de la evasión, pues en ésta el hecho gravado nace, formal y sustancialmente, a la vida del derecho, pero se oculta a la Administración Tributaria, mediante conductas omisivas.

5.4. CAUSAS

Las causas de la elusión fiscal para poder comprenderse debe tenerse claro que son derivadas de la conducta del contribuyente, conducta que deviene de las posibilidades que la misma ley le brinda.

La primera situación se configura cuando el contribuyente elige racionalmente un determinado negocio o actividad económica con el fin de evitar legalmente la configuración del hecho gravado o para realizar uno con una menor carga impositiva. (RIVAS, 2007, p. 21)

Este tipo de conducta es denominado de diversas maneras pero debe dársele un solo nombre, a fin de evitar confusión conceptual “Planificación tributaria”; así, cada vez que el contribuyente elija, astutamente, alguna de las opciones tributarias que establece el ordenamiento jurídico, sin abusar de las formas jurídicas o del derecho y sin cometer fraude de ley y, en general, sin dolo, estaremos en presencia de una conducta lícita. (RIVAS, 2007, p. 21)

En el segundo tipo nos encontramos con el contribuyente, que con la intención de evitar la configuración del hecho gravado y, consecuentemente, el nacimiento de la obligación tributaria, realiza una conducta dolosa, abusando de las formas jurídicas o del derecho, cometiendo fraude de ley o cualquier otro ilícito atípico. (RIVAS, 2007, p. 21)

En general la elección de una alternativa con una intencionalidad previa se trata de una conducta dolosa realizada por el contribuyente con la finalidad de evitar la configuración del hecho gravado. En esta situación el contribuyente elige una vía no idónea para realizar sus negocios o actividades económicas que es conocida como simulación tributaria. A diferencia de la primera cuando se configuran situaciones de simulación muchas veces confundida con la elusión.

La tercera conducta, es una vez que se ha realizado el hecho gravado y ha nacido la obligación tributaria, el contribuyente realiza una conducta, dolosa o culposa, que tiene como finalidad evitar el pago del impuesto. Esta conducta se diferencia de las anteriores, porque se configura el hecho gravado y nace, en consecuencia, la obligación tributaria. (RIVAS, 2007, p. 21)

SIERRA MEJÍA sostiene que la evasión es siempre ilegal, razón por cual no cabe hablar de *“evasión legal”*. Agrega que tampoco existe uniformidad en el significado que se da al termino elusión, pues algunos lo emplean para designar la conducta no violatoria de la ley tributaria que se manifiesta en actos u omisiones destinados a evitar que surja la obligación de tributar o minimizar la cuantía de esa prestación, y otros se valen de él para aludir a la *“violación indirecta”* de la ley fiscal en contraste con la *“infracción directa”* o evasión. No obstante, el término elusión, con referencia a impuestos, se emplea para designar conductas que como la abstención y el ahorro tributario legalmente logrado nada tienen de artificioso. (SIERRA, 1988, p. 109)

En consecuencia, según Sierra Mejía, se entiende por elusión los actos o las omisiones con los cuales, sin violar la ley, el sujeto pasivo logra evitar que surja la obligación tributaria o disminuir su cuantía.

De lo anterior expuesto, podemos apreciar que la elusión fiscal es la pieza clave de la planificación fiscal, ya que representa el aprovechamiento de los recursos legales disponibles para conseguir la mínima carga fiscal o para diferir en el tiempo su impacto. Esta a su vez permite al contribuyente evitar que se realice el hecho imponible, con el fin de no pagar los tributos o bien disminuir los

costos tributarios, procurando para ello forzar alguna figura jurídica establecida en la legislación. En consecuencia el contribuyente ve a la elusión como una posición a tomar frente al fisco, toda vez, que eludir sea completamente legal.

5.5. EFECTOS

El efecto que originan las personas que eluden al fisco repercute directamente en la reducción de la recaudación. Dicha reducción es considerable en aquellas economías que tienen un alto índice de evasión y elusión tributaria, la reducción de la recaudación por concepto de estos flagelos tiene incidencia directa sobre los ingresos necesarios para dar cumplimiento al presupuesto nacional.

El estímulo del déficit fiscal que origina la reducción de la recaudación fiscal por el alto índice de elusión fiscal determina que el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el presupuesto nacional por parte del estado se vean comprometidas a tal punto de tener que recurrir al endeudamiento interno o externo para cubrir dicho déficit, es así como repercute la conducta del elusor dentro del Estado, vulnerando los intereses de los ciudadanos y del estado. (RODRÍGUEZ, 2011)

Por otra parte, el déficit fiscal originado por los flagelos de la evasión y elusión fiscal determina que el estado no cuente con los suficientes recursos económicos para realizar los gastos sociales y de inversión en mejoramiento de los servicios públicos, por tal motivo, los flagelos de la evasión y elusión fiscal tienen efectos sobre el desarrollo económico nacional y del bienestar del mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos. (RODRÍGUEZ, 2011)

6. DIFERENCIA ENTRE ELUSIÓN Y EVASIÓN

Es significativo al abordar el tema de la elusión tributaria que se realice una diferencia clara entre lo que es evasión tributaria y lo que es la elusión tributaria. Para entender mejor los conceptos de evasión y elusión tributaria es necesario definirlos y realizar una diferencia para no confundir dichos términos, tratando de dejar en claro que bajo las dos figuras se consiguen idénticas consecuencias, sin

embargo, la naturaleza jurídica, el carácter de ejecutarlos, y los resultados que cada una de ellas origina en el espacio del Derecho, son valiosamente diferentes.

WILHELM KRUSE manifiesta al respecto: *“La evasión fiscal es un delito material. Tal supuesto se pone en movimiento cuando la incidencia del impuesto se reduzca o se hayan obtenido ventajas fiscales no previstas de manera legal”*. (WILHELM, 2001, p. 601).

La evasión, hace referencia a las actuaciones ilegales, y por tanto, contrarias a la Ley, encaminadas a no pagar impuestos, en esta encontramos efectivamente dolo, dicha conducta es sancionada en la legislación tributaria ecuatoriana.

La antijuricidad propia de la evasión requiere de la presencia de un ardid, de una acción u omisión personal antijurídica, a través de artimañas o el aprovechamiento de errores en las declaraciones o autoliquidaciones, para exceptuar total o parcialmente el pago de una obligación tributaria, obteniendo un beneficio ilegítimo en menoscabo del fisco. Importantes doctrinarios consideran la elusión como una acción lícita tendiente a lograr la no concreción del hecho imponible. Así por ejemplo **DÍAZ**, la define como: *“La acción individual en procesos lícitos, tendiente a alejar, reducir o postergar la realización del hecho generador del tributo”*. (DÍAZ, 1999, p. 175).

También **FOLCO**, opina que la elusión fiscal (tax avoidance): *“Es la utilización de medios jurídicos lícitos para procurar o eliminar la carga tributaria”*. (FOLCO, 1997, p. 350).

El concepto anglosajón *“tax avoidance”*, hace referencia a toda representación por la cual se disminuye la obligación tributaria, por lo que se ha dado una diferenciación para distinguir entre *legitimate tax avoidance* e *illegitimate tax avoidance*, en este último término se vislumbra algo cercano a la elusión tributaria.

Por lo que en Derecho Anglosajón *tax avoidance* no equivale a elusión, sino a la reducción de la carga fiscal, el concepto de elusión queda subsumido al concepto de

illegitimate tax avoidance, los que comprende no solo a la elusión sino también a la evasión tributaria.

La evasión fiscal es un ilícito que lleva aparejada una cadena de resultados jurídicos, que implican la transgresión de la legislación tributaria vigente por lo que se lo relaciona con el concepto de fraude equivaliendo a defraudación tributaria, mientras que al referirnos a la elusión no hay, en principio ilícito tributario, los contribuyentes aprovechan las grietas de la ley, desenvolviéndose dentro de los márgenes consentidos por la normativa.

En la elusión tributaria lo que se figura es un proceder, no impedido por la Ley, empleado por las personas físicas y jurídicas para tributar menos, aprovechándose de vacíos legales o de ciertas ambigüedades que presentan las redacciones de normativas tributarias, que produce el mismo efecto económico que la evasión.

Encontramos, por tanto, dos conceptos jurídicos afines con el binomio evasión-elusión: arbitrariedad y discrecionalidad. La arbitrariedad es una conducta paradójica a la Ley y al Derecho, por ejemplo, abandono de conductas objetivas que demuestren un trabajo o registro contable. En cambio, la discrecionalidad envuelve la eventualidad de seleccionar entre diversas opciones, todas ellas lícitas, consentidas por el ordenamiento jurídico.

La elusión tributaria es una representación consistente en excluir o comprimir el gravamen tributario en razón del manejo de los medios jurídicos lícitos, bajo la tutela de recursos o grietas legales, no asumidos por el legislador en el período de preparación de la ley, sea por una defectuosa composición.

Entre una de las importantes diferencias entre los términos de evasión y elusión fiscal tenemos: que la evasión ratifica la preservación de la transgresión de las normas jurídicas tributarias y cae en el perímetro de las vigilancias de la Administración Tributaria. Contradictoriamente a la elusión que estimula a perfeccionar las leyes, para impedir su incumplimiento, responsabilidad que no es de competencia de la administración tributaria.

Añadiendo a lo anterior, la evasión tributaria tiene sanciones tanto en el campo administrativo tributario como en el campo penal tributario, es decir, las penas que sufre el sujeto que las utiliza son por el hecho de tutelar un bien jurídico como es el Presupuesto General del Estado.

CAPÍTULO IV FRAUDE A LA LEY

6. CONCEPTO GENERAL DE FRAUDE

La palabra fraude proviene de las locuciones latinas *fraus* y *fraudis* que significa falsedad, engaño, malicia que produce un daño. La Real Academia de la Lengua Española define al fraude en su primera acepción como *“la acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete”* (RAE, 2005).

Por otro lado, el término fraude en su connotación jurídica viene a ser entendida, en un primer momento como sinónimo de ardid, engaño para poder alcanzar fines ilícitos que perjudican por ello a todo el ordenamiento jurídico, incluido los actores del mismo, como son los sujetos de derecho, sean estos terceros o que tengan un vínculo con el defraudador, como pueden ser los acreedores.

En ese orden de ideas, **BREBBIA** define al fraude como *“aquella maniobra engañosa mediante la cual se pretende eludir una prohibición legal, o causar un daño a terceros (o bien lograr ambos propósitos al mismo tiempo)...”* (BREBBIA, 1995, p. 345).

La doctrina especializada considera que se debe tomar al fraude como un hecho o situación que se logra a través del engaño, siendo este un medio para llegar a defraudar sea a terceros o a la ley misma.

7. NATURALEZA JURÍDICA

Como toda figura de derecho, siempre existen posiciones contrarias a la admisión de la misma, ante ello, encontramos, incidiendo más en el Derecho Internacional privado (que se ha volcado a su estudio igual que lo hacen con la excesiva onerosidad de la prestación y lesión contractual, lo que en otros tiempos era de exclusivo estudio del derecho privado) a las siguientes teorías de manera sumaria:

7.1. TEORÍA QUE RECHAZA LA NOCIÓN DEL FRAUDE A LA LEY:

Precisa que cuando dos personas piden que se les aplique su ley nacional, el Juez no tiene para qué buscar los móviles o intenciones por los cuales han querido invocarla. Lo importante es determinar si pueden o no invocarla.

7.2. TEORÍA QUE ADMITE LA NOCIÓN DE FRAUDE A LA LEY:

Considera que obra como un remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo. Incluso dentro de ésta corriente de pensamiento, se ha considerado que solo es aplicable el fraude a la ley con relación a determinadas materias, como contratos y formas de los actos.

8. DEFINICIÓN DE FRAUDE A LA LEY

En el fraude a la ley nos encontramos frente a un acto de autonomía privada (un negocio jurídico) que se ampara en una norma de cobertura para evadir los efectos de una norma de carácter imperativo, denominada norma defraudada.

Dicho de otro modo, se celebra un negocio jurídico verdadero, dirigido a producir todos sus efectos jurídicos; pero con el propósito práctico de alcanzar los resultados de otro negocio, que no se ha llegado a celebrar, justamente porque no se quiere el sometimiento a las normas legales que lo regulan. Se tendrá que distinguir qué tipo de norma se evade para los remedios a aplicarse: si se ha contrariado una norma

prohibitiva y condenatoria en la cual se le aplicará la invalidez o ineficacia en cuanto corresponda, si se tratará de la elusión de una regla ordenadora habrá la sumisión a las reglas que corresponden a la finalidad del negocio.

Como se aprecia, no necesariamente se impone la nulidad total del negocio efectuado con esa finalidad, sino únicamente exige que se frustré este camino fraudulento sometiendo lo actuado a la ley que se quiso burlar. En efecto, se reconduce al cauce de la norma imperativa que trató de eludir

Para poder estar ante un supuesto de fraude se requiere que la ley evitada deba aplicarse a dicho negocio, para ello tiene que analizarse la causa del negocio jurídico para establecer qué norma legal se le tiene que aplicar, una vez realizado ello, se debe verificar que efectivamente el negocio jurídico está tomando las disposiciones de dicha norma; si no lo hace, estamos ante un negocio contra legem, pero si no lo hace, tomando en consideración otras normas de menor o igual rango pero que conlleve a la evasión de los efectos de la norma, estamos ante un negocio en *fraudem lege*.

9. ACCIÓN PAULIANA

9.1. DEFINICIÓN

Entendemos por acción pauliana 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, insistimos– que el deudor efectúe de su patrimonio y que causen perjuicio a sus derechos. Hasta el límite de ellos. Vista de otro modo: es el modo de pedir protección contra la violación dañosa de un derecho, cometido libremente, tanto dolosa como culposamente y, por lo tanto, por una razón que no debe prevalecer sobre el derecho perjudicado y que debe removerse (LOHMANN, 1997, p. 407).

La denominación de acción revocatoria conceptualmente es incorrecta aunque consagrada por el uso. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, la acción de ineficacia es una pretensión de inoponibilidad ante el acreedor accionante de los efectos de un acto jurídico. Pues, si prospera la pretensión, el acto no es

revocado, porque subsiste con plenitud de valor efecto entre las parte del mismo y ante otros terceros distintos al acreedor, aunque ineficaz para este último.

Este poder que se le asigna al acreedor para inmiscuirse en las relaciones entre el deudor y terceros deriva, según la doctrina, de diversas razones: el enriquecimiento injusto del deudor y de terceros, para León Barandiarán; el derecho de prenda general de los bienes del deudor a favor del acreedor, para Colín y Capitant, entre otras razones.

Sobre la impugnación de este acto de disposición del deudor en perjuicio del acreedor, se puede señalar que el acto como tal no nace ineficaz: la Ley dice que puede declararse ineficaz (artículo 195 del Código Civil) y es efecto de una pretensión, lo que en sede de acción pauliana cabe decir que se le puede privar de virtualidad (pero que no surge privado de ella ante el perjuicio). La ineficacia sobreviene cuando se la declara y retroactivamente a la fecha del perjuicio, hasta la cuantía del mismo, no cuando se celebra el acto. En suma no es ineficaz, sino que deja de ser eficaz, con cierta virtualidad retroactiva. Aceptar que el acto es ineficaz desde su nacimiento sería incorrecto, pues si el deudor dispone de un bien “A” pero presenta otro bien “B” que garantice el derecho del acreedor, el acto de disposición del bien “A” sería perfectamente válido y eficaz desde su nacimiento; mientras que la ineficacia pauliana declara la ineficacia no desde el nacimiento del acto, sino desde que se sabe que no existe más garantía para el acreedor y opera retroactivamente y hasta el monto del crédito.

9.2. FUNDAMENTOS DEL CONTROL PAULIANO

El acto, cuya ineficacia se pretende, es objetivamente válido y, por lo tanto, la justificación de la acción pauliana no puede encontrarse solamente en el acto mismo, sino en la conducta del sujeto o sujetos que participan del acto y en los efectos que este motiva.

Si bien es cierto existe un derecho subjetivo como poder (lícito) de obrar respecto de un interés jurídicamente tutelado, y que encuentra su limitación

bien en la ley o en un acuerdo entre partes; este poder jurídico viene acompañado de un deber de actuación, es decir, de un actuar de buena fe como criterio de probidad en sus relaciones obligacionales o no y por el no uso abusivo o antisocial de sus derechos. Dice el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, que el ordenamiento no ampara el ejercicio abusivo de derecho. Para el Dr. Guillermo Lohmann, son en estos principios de Derecho Privado donde se afincan las raíces de la acción pauliana. De aquí que, señala el mismo autor, en principio, la acción pauliana sea irrenunciable de antemano.

9.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA

Considerar la naturaleza de la acción revocatoria abarca el aspecto relativo a si es de carácter personal o real. Podemos adelantar que la doctrina predominantemente le reconoce un carácter personal (VIDAL, 1985, p. 363).

Asimismo la doctrina, teniendo en cuenta la incorrecta conducta, establece dos características de la acción pauliana:

- a) **Su función conservativa o cautelar, pero no ejecutiva.**- La pauliana, coloca bienes en garantía, pero no los expropia ni del deudor ni del adquirente, aunque otorga título para hacerlo.
- b) **Su connotación de acción personal y no real.**- Se trata de una acción personal de suerte que no persigue un bien sustrayéndolo de la posesión del primero o ulteriores adquirentes prescindiendo de su buena o mala fe, sino que se pretende remediar las consecuencias objetivas de una conducta ilícita.

Una cuestión adicional, a tener en cuenta, es el hecho de que la acción pauliana no busca remediar la reducción de la garantía, pero no produce automáticamente el deber de resarcir los daños causados al acreedor si aunque demostrara la acción fraudulenta, los bienes no pudieran ser restituidos. Si la revocación no es posible, entonces el daño recién se ha producido, y el acreedor tendrá que buscar el modo de que se le indemnice, pero tal modo no va a ser la acción pauliana.

Al respecto, podemos señalar que, el artículo 1219, inciso 3, del C.C. faculta al deudor a reclamar del acreedor la indemnización que corresponda. Pero esto nada tiene que ver con la acción pauliana, porque el sujeto pasivo de la acción y el petitum son distinto.

9.4. CONDICIONES REQUERIDAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

La doctrina admite dos requisitos para la procedencia de la revocación pauliana; El eventos damni y el consilium fraudis.

El Código Civil de 1984 ha adoptado los dos requisitos citados y condiciona el ejercicio de la acción revocatoria tanto al evento damni como el consilium fraudis. Así resulta del artículo 195° que:

“el acreedor, aun cuando el crédito esté sujeto a condición o plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor origine perjuicio a su derecho, cuando concurren las condiciones siguientes:

- 1. Que el deudor tenga conocimiento del perjuicio que el acto origine a los derechos del acreedor o, tratándose de actos anteriores al nacimiento del crédito, que el acto este dolosamente preordenado a fin de perjudicar la satisfacción del futuro crédito.*
- 2. Que, además, tratándose de actos a título oneroso el tercero tenga conocimiento del perjuicio causado a los derechos del acreedor, y,*

en el caso del acto anterior al nacimiento del crédito, que haya conocido la preordenación dolosa. Como puede apreciarse, pues, se considera el eventos damni y el consilium fraudis, y además, el conscius fraudis” (VIDAL, 1985, p. 373).

Este último evento, el conscius fraudis, tiene su origen en el Derecho Romano y fue recogido por nuestros codificadores. Así, Manuel de la Puente y Susana Zusman, en cuanto a los requisitos de origen Romano, eventos damni y el consilium fraudis y el conscius fraudis, señalan lo siguiente:

- **El eventos damni.-** Es el “perjuicio a los acreedores”, entendidos como aquellos actos que realmente producen tal efecto por razón del empobrecimiento del patrimonio del deudor.
- **Consilium fraudis.-** Se requiere a la conciencia que tiene el deudor de causar perjuicio.
- **Consciis fraudis.-** Este requisito está presente en el artículo 195, inciso 2 del Código, y se refiere, actos a título oneroso, al conocimiento que tiene el tercero del perjuicio que se cauce al acreedor.

A su vez, el Dr. Vidal Ramírez señala que son requisitos para el ejercicio de la acción pauliana:

a. **La preexistencia del crédito.-**

Es considerado, porque el perjuicio al acreedor solo puede producirse cuando este tiene un crédito existente a la fecha en que se realiza el acto de disposición del deudor y, con él, la disminución de su patrimonio.

Este requisito plantea la importancia de determinar en qué momento se produce el acto fraudulento y, por ende, nos plantea el problema de determinar lo que se conoce como “fecha cierta”. Lo que se constituye en un elemento probatorio de la procedencia de la acción pauliana. Al respecto, se puede tomar en cuenta lo prescrito por el artículo 245 del Código Procesal Civil.

b. **La exigibilidad del crédito.-**

Es obvio que para que un acreedor pueda incoar la acción revocatoria, su crédito tiene que ser exigible.

El actual Código franquea el ejercicio de la acción revocatoria tanto a los acreedores a plazo como a los condicionales, según se observa en el primer párrafo del artículo 195 del C.C.

Adicionalmente, el Dr. Guillermo Lohmann Luca de Tena señala que es necesario: Que el acto de disposición sea efectivo, no necesariamente ejecutado, de contenido patrimonial y no una mera expectativa. En cuanto a los contratos preparatorios, el autor, sostiene que debe ser procedente la acción pauliana, incluso lo mismo señala respecto el fraude procesal de quien, adrede, se deja vencer en juicio.

Ahora bien, el mero acto de disposición no es suficiente para invocar la Acción Pauliana. La Ley señala que, además, deben perjudicar el cobro del crédito a los acreedores (artículo 195 del C.C.), de los que se desprende:

a. **Materialización del perjuicio.-**

El perjuicio no debe ser conceptualizado solamente como un detrimento puramente económico ya acaecido, sino también el futuro o potencial. Por ello, se justifica que la acción pueda ejercerse antes del incumplimiento, al término, o de aquellos bajo condición.

b. **No es preciso acreditar la insolvencia**

Puede pedirse la declaración de ineficacia del acto cuando cause un perjuicio, y no necesariamente cuando el acto produce insolvencia. La insolvencia se apoya, como dice Puig Brutau, en la carencia de bienes, la acción pauliana procede en la carencia de bienes conocidos, en la posible dificultad de cobrar de otro modo y en un comportamiento antijurídico doloso o culposo del deudor (aunque el deudor no sea insolvente).

c. **Relación de causalidad**

Tiene que haber relación de causalidad entre el acto dispositivo y el perjuicio existente al iniciar la acción. Si para cuando se quiere demandar el deudor ya ha construido su patrimonio conocido a límites aceptables –no necesariamente iguales al estado anterior– que hacen suponer que el crédito quede respaldado, la pretensión de ineficacia debe ser desestimada.

El mismo autor sostiene que además de los requisitos objetivos: la existencia de un crédito, la existencia de un acto de disposición que cause un perjuicio.

Son necesarios, sin embargo, otros presupuestos o condiciones subjetivas.

1. **RESPECTO AL DEUDOR**

- a. **Tratándose de actos de disposición anterior al crédito.-** Se presume el conocimiento del deudor del perjuicio que produce. El deudor tiene, respecto de su acreedor, un deber de diligencia y de su patrimonio para permitir el cumplimiento –aunque sea forzosamente–. Por ende, está obligado a saber que su conducta reducirá la garantía patrimonial. Y que ello puede traducirse en un perjuicio. No basta el simple conocimiento del acto. Pues quien tiene 200, debe 50 y dona 30 puede conocer la disminución de su patrimonio, pero no causa perjuicio.

- b. **Tratándose de acto de disposición anterior al nacimiento del crédito.-** Que haya sido celebrado con la intención de perjudicar la satisfacción del futuro acreedor, presumiéndose la intencionalidad cuando el deudor ha dispuesto de bienes cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Cuando se trate de otros bienes o no exista evidencia de información escrita será preciso que el acreedor pruebe la intencionalidad.

2. **RESPECTO A TERCEROS**

Nos referiremos a los estados subjetivos de los terceros adquirentes, distinguiendo:

- a. **Tratándose de acto de disposición posterior al crédito.-** A diferencia del deudor quien debe conocer mejor que nadie su propia situación

económica. Solo son impugnables los actos a título oneroso cuando el tercero tiene efectivamente conocimiento del perjuicio al derecho del acreedor o haya estado en razonable situación de conocer y no ignorarlo. La idea es que el tercer partícipe sea consciente, que esté al tanto, enterado, bien por el deudor o por propio conocimiento, que con el acto dispositivo se causa o se puede causar un perjuicio. No tiene el adquiriente, como sí el deudor, una carga o deber de conocimiento, de no ignorancia. Pero percatado del daño potencial que se cierne sobre el acreedor, tiene el deber de no contribuir con él.

- b. **La segunda hipótesis que se ofrece, siempre con relación a terceros adquirientes.**- Es el acto de disposición anterior al nacimiento del crédito, cuando el crédito surge con posterioridad al acto dispositivo. En este supuesto, es menester que el tercero tenga que haber participado en la maquinación dolosa que se ha perpetrado en detrimento del futuro acreedor.

Los terceros a que nos venimos refiriendo son todos aquellos que se prestan a colaborar en el acto fraudulento, y de quienes es necesario establecer su buena fe con que intervinieron en el acto, pues si así lo hicieron de buena fe no se configuraría el fraude (CAS. N° 938-2003-Ica, El Peruano 03/05/2004).

Situación especial merecen quienes vendrían a ser los segundos adquirientes, o los subadquirientes, quienes adquieren un bien de quien adquiere del deudor, o sea del primer adquiriente.

9.5. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

El Código Civil, para el que la acción revocatoria es una acción declarativa de ineficacia, en el inciso 4) del artículo 2001, fija un plazo prescriptorio de dos años, al señalar que en ese plazo prescribe la acción revocatoria:

CÓDIGO CIVIL

Artículo 2001.- Plazos prescriptorios

Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

(...)

4. A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.

10. ACCIÓN SUBROGATORIA

10.1. CONCEPTO

La acción subrogatoria (Artículo 1219 ° inc. 4) también denominada indirecta, oblicua o refleja, ha sido definida como la facultad que la ley concede a los acreedores para que sustituyéndose a su deudor ejerciten los derechos y acciones de éste, cuando tales derechos y acciones, por la negligencia o mala fe de dicho deudor, estuvieren expuestos a perderse para la prenda general con perjuicio para sus acreedores. La acción subrogatoria, pese a su nombre, no es un supuesto de subrogación, ni se puede decir, propiamente hablando, que el acreedor que la ejercita actúa en nombre del deudor. El acreedor actúa en nombre propio en virtud de la facultad que le da la ley.

10.2. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA

El acreedor, al ejercitar un derecho del deudor inactivo no tiene por qué limitarse a reclamar al tercero cuanto a él le debe el deudor, sino la totalidad del crédito o derecho que el deudor tenga contra un tercero. Mediante el ejercicio de la acción subrogatoria, el crédito habrá de considerarse integrado en el patrimonio del deudor y por tanto, beneficiará también a todos los demás acreedores, y acaso alguno de ellos ostente un derecho de crédito preferente al del acreedor litigante.

Esta entrada o ingreso de lo obtenido en el patrimonio del deudor inactivo justifica la denominación de indirecta u oblicua que se aplica también a la acción subrogatoria: el acreedor que ha litigado no cobra directamente del tercero, sino del deudor.

Así resulta que el acreedor que ejercita la acción subrogatoria no tiene un derecho de prelación o preferencia sobre los eventuales restantes acreedores del deudor. Las reglas de prelación aplicables serán las generales, y en consecuencia, la acción subrogatoria presenta un escaso atractivo para el acreedor.

10.3. EFFECTOS DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA

El efecto fundamental de la acción oblicua es hacer entrar el derecho o crédito directamente en el patrimonio del deudor.

10.4. INCONVENIENTES DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA

Con criterio se ha señalado que la acción subrogatoria tiene el grave inconveniente, para el acreedor que la ejerce, que los bienes o recursos obtenidos por medio de ella ingresan al patrimonio del deudor, sin ninguna ventaja o preferencia para él, que ha asumido el costo y los riesgos de su ejercicio. Incluso, puede darse el caso que el resultado de la acción subrogatoria redunde en beneficio de otro acreedor preferente. Afirma SALVAT que para los acreedores les sería mucho más cómodo y ventajoso tener una acción directa contra el deudor de su deudor, la cual los facultaría actuar en su propio nombre, en vez de hacerlo en nombre de su deudor. El brillante jurista sostiene que ello representaría para los acreedores dos grandes beneficios: a) Les permitiría conservar en su exclusivo beneficio el importe íntegro de la condenación contra el deudor de su deudor, es decir, los bienes o recursos obtenidos por su ejercicio, hasta el importe de sus créditos y b) Los eximiría de escapar a las defensas fundadas en causas exclusivamente personales a su deudor. Vislumbrando tales inconvenientes y con un criterio sumamente pragmático, el derecho germánico se aparta de la tradición romana y rechaza el celebre Art.1166° del Código Napoleónico; los acreedores están facultados para embargar y hacerse ceder por el juez de la ejecución, la acción o el derecho especial del deudor, y luego realizarlos directamente. Se advierte que en dicho régimen han prevalecido las soluciones de carácter ejecutivo, especialmente en el plano del derecho procesal, y no por vía del derecho sustantivo, aunque de él dependa el derecho ejercido, ocupándose más de la prestación misma, que de la

persona incurso en el incumplimiento de la deuda. El derecho anglosajón apartándose también de la influencia franco romana, no ha incorporado la acción oblicua, tiene mucha similitud con el sistema alemán, pues los objetivos perseguidos se logran por medio del embargo (attachement of debts) en el que el acreedor que obtiene una decisión judicial (judgement of crédito) puede ejercer los derechos de su deudor.

CAPÍTULO V

DECAIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

7. 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 decaimiento de la personalidad jurídica.

El decaimiento de la personalidad jurídica 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.

DE ÁNGEL YAGÜEZ define al levantamiento del velo societario de la siguiente manera:

“Significa despojar a la persona jurídica de su vestidura formal para comprobar qué es lo que bajo esa vestidura se halla o, lo que es lo mismo, desarrollar los razonamientos jurídicos como si no existiese la persona jurídica. Esto, desde luego, en aquella hipótesis en que el intérprete del Derecho llegue a la apreciación de que la persona jurídica se ha constituido con el ánimo de defraudar a la ley o a los intereses de terceros, o cuando –no como objetivo, sino como resultado- la utilización de la cobertura formal en que la persona jurídica consiste conduce a los mismos efectos defraudatorios”
(Citado por ELÍAS, 2000, p. 28)

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.

8. **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 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 descender 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. (GARCÍA, 2003, p. 43)

9. PRESUPUESTOS PARA APLICAR LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Al respecto, ECHAÍZ nos dice que ya un antiguo clásico norteamericano en la materia enumera tres condiciones:

- a) Situaciones de control sobre la sociedad.
- b) Actuación ilícita o fraudulenta.
- c) Perjuicio.

A su vez, el citado tratadista señala que esta voz española alude a tres requisitos:

- a) La sociedad debe ser dominada por otra persona (física o jurídica)
- b) Debe producirse alguna situación que cause perjuicio terceros o fraude a la y
- c) Se ha de respetar el principio de subsidiariedad.

Siendo esto así, se considera, al igual que lo hace el antes citado letrado, que los requisitos son prácticamente los mismos, habiéndose mantenidos inmutables con el paso del tiempo, excepto el principio de subsidiariedad, implicante éste a que la teoría del levantamiento del velo societario debe aplicarse como ultima ratio, es decir, cuando el problema no pueda ser resuelto mediante el empleo de otros mecanismos que el propio derecho franquea. No obstante lo referido no debe soslayarse que el desarrollo de la responsabilidad limitada como concepto jurídico ha permitido emprender más empresas y de gran envergadura ; pues el inversionista conoce que su responsabilidad está limitada hasta el monto de lo aportado (capital de riesgo); por tanto, aceptar la doctrina sub examine implica quebrar esta regla universal, lo cual podría desencadenar dos efectos principales: la no constitución de

grupos de empresas o constitución secreta de ello, siendo ambas “situaciones no optimas ni adecuadas”.

10. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA COMPARADA

10.1. INGLATERRA

Para la mayoría de la doctrina el caso hito es el famoso caso Salomón contra Salomón & Compañía Ltda. (CAPUANO, 2009, p. 17)

En inglés las expresiones para referirse a esta teoría son “lifting the corporate veil” o “piercing the corporate veil,” las cuales parecieran ser sinónimos. Sin embargo, en el caso Atlas Maritime Co SA c Avalon Maritime Ltd. la corte inglesa estableció que la expresión “pierce the veil” hace referencia a tratar los derechos, actividades o responsabilidades de la compañía como si fueran de los accionistas, mientras que “lift the veil” indica que debe tenerse en cuenta al accionista de la compañía para un propósito legal (RAMSAY, 2001, p. 3). Es importante acotar que esta leve distinción parece no aplicar en ninguna otra parte del mundo.

Hay varias causas para levantar el velo corporativo en Inglaterra como se exponen a posteriori: Cuando se pretenden evadir obligaciones legales, en el caso Jones c Lipman el señor Lipman le vendió una casa al señor Jones pero luego se arrepintió. Decidió entonces transferir la casa a una sociedad que él creó y controlaba, para no tener que dársela a Jones.

La corte decidió que la sociedad, así no estuviera vinculada por el contrato, debía traspasarle la casa al señor Jones, descorriendo el velo corporativo (CAPUANO, 2009, p. 18). Otro ejemplo es el caso Gilford Motor Home Co. Ltd. c. Horne. La empresa había contratado a Horne con una cláusula que lo obligaba a no contratar con clientes de la empresa luego de terminar su contrato de trabajo. Horne renuncia, crea una sociedad la cual dirige él, y decide entrar en negocios con clientes de su antiguo trabajo. El Juez Hansworth decidió que la compañía era un fraude para incumplir su contrato y perforó el velo corporativo. (NEYERS, 2000, p. 220)

En el caso Adams c. Cape Industries, se trató de demandar a una matriz inglesa que tenía a varias subsidiarias en procesos de extracción y transportación de asbesto cuando unos trabajadores de otra subsidiaria en Texas fueron diagnosticados con asbestosis. Si bien el caso tuvo varios problemas de jurisdicción ante cortes estadounidenses e inglesas lo importante es que la corte inglesa determinó que el velo se puede correr cuando: 1. La corte esté interpretando una ley, contrato, o documento que requiera levantar el velo. 2. La corte considere que la empresa es una mera fachada y haya abuso. Y 3. Se pueda establecer que la compañía es un agente de sus controlantes.

De todas maneras esos criterios son enunciativos, es evidente que por ser un derecho casuístico no se puede limitar a los casos que se han dado, sino que toca mirar cada caso como un universo sui generis. De esta forma el pensamiento jurídico inglés permite levantar el velo cada vez que se use para hacer prevalecer intereses particulares que no merecen protección jurídica alguna. De esta forma, tal y como se expresó al principio del capítulo, la separación de personalidades no tiene lugar si con base en ella se justifica el mal, protege el fraude o se cometen injusticias.

10.2. ESTADOS UNIDOS

En EEUU a esta teoría se le denomina como *“lifting the veil of incorporation.”* (ZORZI, 2004, p. 29) La primera ley que consagró el levantamiento del velo corporativo fue la Ley de Massachusetts del 3 de Marzo de 1809, y el primer caso fue el de Bank of U.S c Deveaux, (FIGUEROA, 2011, p. 54) tendría que aceptarse entonces que el origen de esta teoría es norteamericano y no inglés si no fuera porque éste caso se sustenta jurídicamente en el caso Mayor and Commonalty c Wood, de los tribunales ingleses. Este caso es el más importante en derecho corporativo estadounidense por cuanto le otorga la posibilidad a las sociedades de demandar y ser demandadas. Para 1809 ya se habían presentado casos contra sociedades, pero nunca había surgido el argumento que, siendo las corporaciones meros entes ficticios y por ende no-ciudadanos, las cortes no

tenían jurisdicción sobre éstos casos. El juez Marshall consideró que este argumento era nuevo y por ende los casos pasados no servían como precedente, sin embargo luego de apoyarse en jurisprudencia inglesa, y de mucho análisis estableció que la corte podía mirar atrás de la corporación y notar el carácter de ciudadanos de los socios para establecer la jurisdicción de la corte (FIGUEROA, 2011, p. 58). En 1907 se estableció una de las primeras reglas jurisprudenciales para el levantamiento del velo corporativo en el caso United States c. Milwaukee Refrigerator Transit Co, aseverando que una corporación tiene una personalidad jurídica distinta a los socios ***“pero cuando la noción de la entidad legal es usada para derrotar una conveniencia pública, justificar el mal, proteger el fraude o defender el delito, el derecho considerará la corporación como una asociación de personas.”*** (FIGUEROA, 2011, p. 67)

Algunos años después, en 1936, en el caso Lowendhal c Baltimore & Ohio R.R Co. Se acogió la famosa Regla Powell, creada por el profesor Frederick Powell en su estudio titulado Parent and Subsidiary Corporations, publicado en 1931, donde crea un test para el levantamiento del velo corporativo a partir de jurisprudencia de los tribunales de Nueva York. (FIGUEROA, 2011, p. 67)

Aun cuando este fue un caso de fraude de los accionistas que quisieron escudarse en el velo corporativo para no ser alcanzados por sus acreedores (FIGUEROA, 2011, p. 61), la corte acogió la regla Powell enunciando los tres factores determinantes para poder levantar el velo corporativo en un fallo:

“1. Que no exista entre las compañías relacionadas una mente, voluntad o existencia separadas entre sí. 2. Que el control sea utilizado para cometer fraude, o causar un daño, para violar una ley o un deber legal, o para un acto ilegal o deshonesto o injusto; y 3. Que exista causa próxima entre el daño y el acto.” (FIGUEROA, 2011, p. 61)

Si bien es evidente que esta regla sigue imperando, también es que se aplica básicamente a constelaciones societarias de matrices y subsidiarias. Por otro lado, una regla más general sobre el levantamiento del velo corporativo

establece que siempre se podrá aplicar en circunstancias excepcionales cuando se cumplan dos requisitos:

1. Debe haber una unidad de interés entre los socios y la sociedad que haga que la separación de personalidades prácticamente no exista. y
2. Siempre que, si los actos de la sociedad se traten como de ella únicamente, se dé lugar a un resultado injusto o inequitativo. (HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, 1982, p. 854)

Es cierto que la mayoría de casos del levantamiento del velo corporativo en estados unidos se dan por fraude como en el caso First National Bank of Chicago c. Trebain Company, donde F.C Trebain junto con su familia crearon una sociedad para traspasarle sus bienes y poder de esa forma defraudar a sus acreedores (WORMSER, 1912, p. 502), lo que prima facie implicaría entrar a revisar el concepto de “dolo” partiendo de la “voluntad.” No obstante, un juez puede hallar fraude sin encontrar malicia ni intención, por ejemplo en casos de rompimiento de deberes fiduciarios, o de otro tipo de deberes. (DOBSON, 1986, p. 846)

Finalmente, es tan fuerte esta doctrina que ha permeado en el derecho federal en varias otras áreas del derecho como el laboral, tributario, insolvencia, propiedad industrial, y seguridad social. (HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, 1982, p. 860)

10.3. ESPAÑA

En España a esta teoría se le conoce también como “*el levantamiento del velo.*” (ZORZI, 2004, p. 29) Como en la mayoría de los países se entiende como una prerrogativa judicial que no goza de consagración legal alguna. (GARNICA et al., 2007, p. 5)

La primera sentencia en poner de presente esta teoría fue la del 28 de mayo de 1984 del Tribunal Supremo Español, en la que se dictaminó que:

“Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy

consagrados en la Constitución se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe, la tesis y práctica de la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos (...)” (CASADO, 2013)

Señala la doctrina que el Tribunal Supremo ha aplicado esta teoría en casos como cuando se pretende eludir el cumplimiento de un negocio jurídico, cuando se utiliza a la sociedad para ocultar un objetivo contrario a la moral o para distorsionar la aplicación de reglas jurídicas. (CASADO, 2013)

Por su parte el Doctor Ricardo Ángel Yagüez, en una obra en la que analiza 157 sentencias sobre el levantamiento del velo societario propone una clasificación de eventos en los cuales el Tribunal ha descorrido el velo corporativo entre los cuales está *“la valoración ética de las conductas como objetivo de la penetración en el sustrato de la persona jurídica.”* (ANDRADE, 2009, p. 14)

Es a todas luces evidentes entonces que en España el levantamiento del velo aplica entre muchos casos por valoraciones éticas, y con un rasgo muy marcado de equidad, lo que hace que la teoría aplique básicamente de forma muy abierta, limitada simplemente por el arbitrium judicis.

10.4. ARGENTINA

Es menester indicar que la figura del abuso de derecho se encuentra regulado en el inciso segundo del artículo 1071° del Código Civil Argentino prescribiendo que: *“Todo acto abusivo es un acto prohibido por la ley”*.

Al darse la reforma de la Ley N° 22.903, el artículo 54° de la Ley de Sociedades – Ley N° 19.550- señala en su último párrafo que la inoponibilidad de la Persona Jurídica o Levantamiento del Velo Societario, que institucionaliza lo que en doctrina como en jurisprudencia sentaron en cuanto a la noción la

naturaleza de la persona jurídica, el abuso del derecho, la desestimación de la personalidad, las nuevas realidades sobre la personalidad societaria, los grupos de sociedades y la teoría de la penetración.

El “Levantamiento del Velo Societario” lo resolverá el juez, tomando como pauta básica el contenido establecido en el último párrafo del artículo 54°, esto es la existencia de dos supuestos:

- Cuando la actuación de la sociedad encubra la prosecución de fines extra societarios y
- Cuando la actuación de la sociedad constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar los derechos de terceros.

En los supuestos señalados anteriormente – de gran amplitud- el intérprete tendrá que atenerse a las particularidades de cada caso y en la estricta medida en que se estime que se haya incurrido en cualquiera de esas dos transgresiones.

11. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

11.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

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

11.2. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA.

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

Como consecuencia: el reconocimiento de la personalidad es un acto distinto del reconocimiento de la responsabilidad limitada. Por lo que el desconocer la responsabilidad limitada no implicará desconocer también la personalidad. Es

decir la desestimación de la personalidad jurídica (entendida como el desconocimiento de la existencia de la persona jurídica) hace perder el beneficio de la limitación de la responsabilidad, más la declaración de desestimación de la responsabilidad limitada no conlleva a desconocer la existencia de la Persona Jurídica.

12. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

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

12.1. CUESTIONES PROCESALES.

E) LA ANTIJURICIDAD.

La transgresión normativa lato sensu que comprende cualquier obrar contra el derecho, así como el obrar abusivo del mismo. Basado en el criterio de que lo que se sanciona es la persecución de una finalidad extrasocietaria, aunque los actos realizados no sean de por sí fraudulentos. Gulminelli (comentando la norma Argentina) sostiene que el hecho de actuar en la consecución de fines extrasocietarios es antijurídico. Y es que el hecho de tener una normas explícitas conllevan a una imputación directa de la responsabilidad en la que una vez observado la conducta prescrita objetivamente (una actuación desviada que persigue fines extrasocietarios y que causa daños), se dan automáticamente las consecuencias que se prevén en la norma, en nuestro caso la desestimación de la personalidad Jurídica.

F) DOLO.

En la ley societaria Argentina no hace diferenciación entre el dolo y la culpa. Nos atrevemos a pensar que se trata de una teoría que se identifica con una responsabilidad objetiva (tal como sucede en la responsabilidad extracontractual).

G) BENEFICIO DE EXCUSIÓN.

Lo que persigue esta teoría es ampliar el panorama al acreedor a fin de poder hacer efectiva su acreencia y que se le indemnicen por los daños sufridos por la conducta dañosa; por lo que no es posible, por parte de los causantes del daño, invocar el beneficio de excusión. Una vez declarada la desestimación de la personalidad Jurídica ellos responden solidaria e ilimitadamente.

H) SUJETOS LEGITIMADOS.**La sociedad.**

Se trata de un litisconsorte necesario pasivo junto al socio.

El Socio que hizo posible la actuación torpe de la sociedad.

El sujeto damnificado.

Sea persona física o jurídica

TÍTULO III**ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS****CAPÍTULO I****ENTREVISTAS REALIZADAS A DOCENTES UNIVERSITARIOS Y
ABOGADOS ESPECIALISTAS EN MATERIA COMERCIAL, JUECES
ESPECIALIZADOS EN LO CIVIL Y JUECES SUPERIORES DE LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD**

La presente entrevista fue suministrada **22 personas**, los cuales son: 7 jueces especializados en lo civil, 9 jueces superiores y 6 docentes universitarios especializados en Derecho Comercial de los cuales 2 pertenecen a la UNT, 2 pertenecen a la UCV y 2 pertenecen a la UPAO, quienes dieron su opinión con respecto a las interrogantes propuestas en la referida entrevista.

5. PREGUNTA N° 01

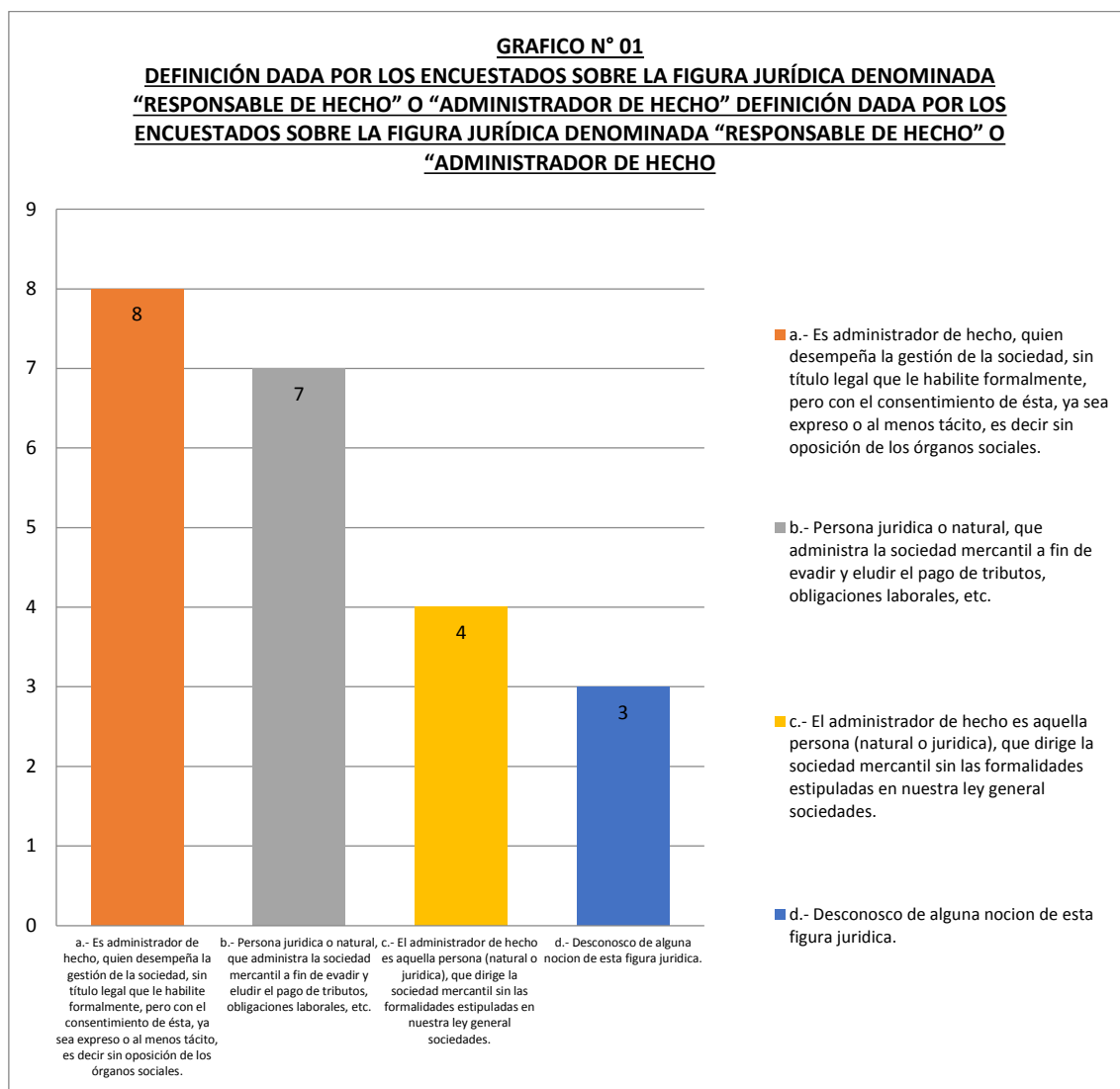
¿Qué definición puede darnos usted de la figura jurídica denominada “responsable de hecho” o “administrador de hecho”?

CUADRO N° 01

DEFINICIÓN DADA POR LOS ENCUESTADOS SOBRE LA FIGURA JURÍDICA DENOMINADA “RESPONSABLE DE HECHO” O “ADMINISTRADOR DE HECHO”

	TOTAL	%
a.- Es administrador de hecho, quien desempeña la gestión de la sociedad, sin título legal que le habilite formalmente, pero con el consentimiento de ésta, ya sea expreso o al menos tácito, es decir sin oposición de los órganos sociales.	8	36%
b.- Persona jurídica o natural, que administra la sociedad mercantil a fin de evadir y eludir el pago de tributos, obligaciones laborales, etc.	7	32%
c.- El administrador de hecho es aquella persona (natural o jurídica), que dirige la sociedad mercantil sin las formalidades estipuladas en nuestra ley general sociedades.	4	18%
d.- Desconozco de alguna noción de esta figura jurídica.	3	14%
TOTAL	22	100%

Fuente: Cuadro elaborado por el autor.



Fuente: Gráfico elaborado por el autor.

5.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 01

Mediante el presente cuadro, se puede observar las respuestas proveídas por nuestros entrevistados, sobre la definición de la figura jurídica denominada “responsable de hecho”.

Al respecto debemos manifestar, que al revisar las entrevistas efectuadas se pudo apreciar que algunos de nuestro entrevistados coincidían con algunas de las características más relevantes de la figura del levantamiento del velo societario, por lo que las definiciones otorgadas por estos fueron organizadas de la siguiente manera:

- a. **Es administrador de hecho, quien desempeña la gestión de la sociedad, sin título legal que le habilite formalmente, pero con el consentimiento de ésta, ya sea expreso o al menos tácito, es decir sin oposición de los órganos.**

Respuesta que fueron dadas por 8 de nuestros entrevistados, número total que representa el 36% del total de encuestados. Cabe resaltar que quienes señalaron la presente respuesta fueron 4 jueces superiores, 3 jueces civiles y 1 abogado y docente especializados en materia comercial.

- b. **Persona jurídica o natural, que administra la sociedad mercantil a fin de evadir y eludir el pago de tributos, obligaciones laborales, etc.**

Respuesta dada por 3 jueces superiores, 2 Jueces especializados en lo Civil, 2 abogados y docentes especializados en materia comercial; la cual en su totalidad es 7 de nuestros entrevistados, que representa el 32% del total de encuestados.

- c. **El administrador de hecho es aquella persona (natural o jurídica), que dirige la sociedad mercantil sin las formalidades estipuladas en nuestra ley general de sociedades.**

Respuesta dada por 1 juez superior, 1 Juez especializado en lo Civil, 2 abogados y docentes especializados en materia comercial, la cual en su totalidad es 4 de nuestros entrevistados, el cual representa el 18% del total de encuestados.

- d. **Desconozco de alguna noción de esta figura jurídica.**

Respuesta que fueron dadas por 3 de nuestros entrevistados, número total que representa el 14% del total de encuestados. Cabe resaltar que quienes señalaron la presente respuesta fueron 1 Juez Superior, 1 Juez Especializado en lo Civil, y 1 abogado y docente especializados en materia comercial.

5.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 01

A través del cuadro N° 01, hemos podido apreciar como nuestros entrevistados han definido a la figura jurídica denominada “responsable de hecho” o “administrador de hecho”. Se aprecia que de los 22 entrevistados, fueron 19 los que consignaron sus definiciones sobre la figura jurídica ya mencionada. Asimismo, cabe señalar que fueron 3 de nuestros entrevistados quienes señalaron que desconocían la figura antes mencionada, evidenciándose con ello que existe un buen grupo de especialistas en materia comercial y operadores jurídicos que conocen de esta figura; asimismo, se aprecia que existe un número reducido que desconoce de esta figura.

Del mismo modo, consideramos que de las definiciones propuestas por nuestros entrevistados se pudo apreciar que estas relevan algunas de las principales características de la figura denominada “*responsable de hecho*” o “*administrador de hecho*”, revelando ello también el conocimiento que tienen nuestros entrevistados respecto al tema en consulta. Sin embargo, también debemos indicar que han existido algunos entrevistados que no presentaron una noción más sencilla referida al tema en consulta.

Ese orden de ideas, somos de la opinión que la gran mayoría de definiciones que fueron propuestas por nuestros entrevistados, proponen ciertas características de la figura en mención, siendo algunas de ellas las siguientes:

- EL ADMINISTRADOR DE HECHO DESEMPEÑA LA GESTIÓN DE LA SOCIEDAD, SIN TÍTULO LEGAL QUE LA HABILITE FORMALMENTE.
- EL ADMINISTRADOR DE HECHO PUEDE SER UNA PERSONA JURÍDICA O NATURAL.
- EL ADMINISTRADOR DE HECHO SE ENCARGA DE DIRIGIR LA EMPRESA CON ANUENCIA DE LOS ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD (DIRECTORIO Y GERENCIA).
- A TRAVÉS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL, EL ADMINISTRADOR DE HECHO BUSCA ELUDIR Y EVADIR OBLIGACIONES TRIBUTARIAS Y LABORALES.

Por lo expuesto, somos de la opinión que las definiciones propuestas –sobre todo las que hemos agrupado en los numerales a) y b) del cuadro N° 01- nos demuestran que nuestros entrevistados cuentan con una noción compleja de la figura del levantamiento del velo societario.

6. PREGUNTA N° 02

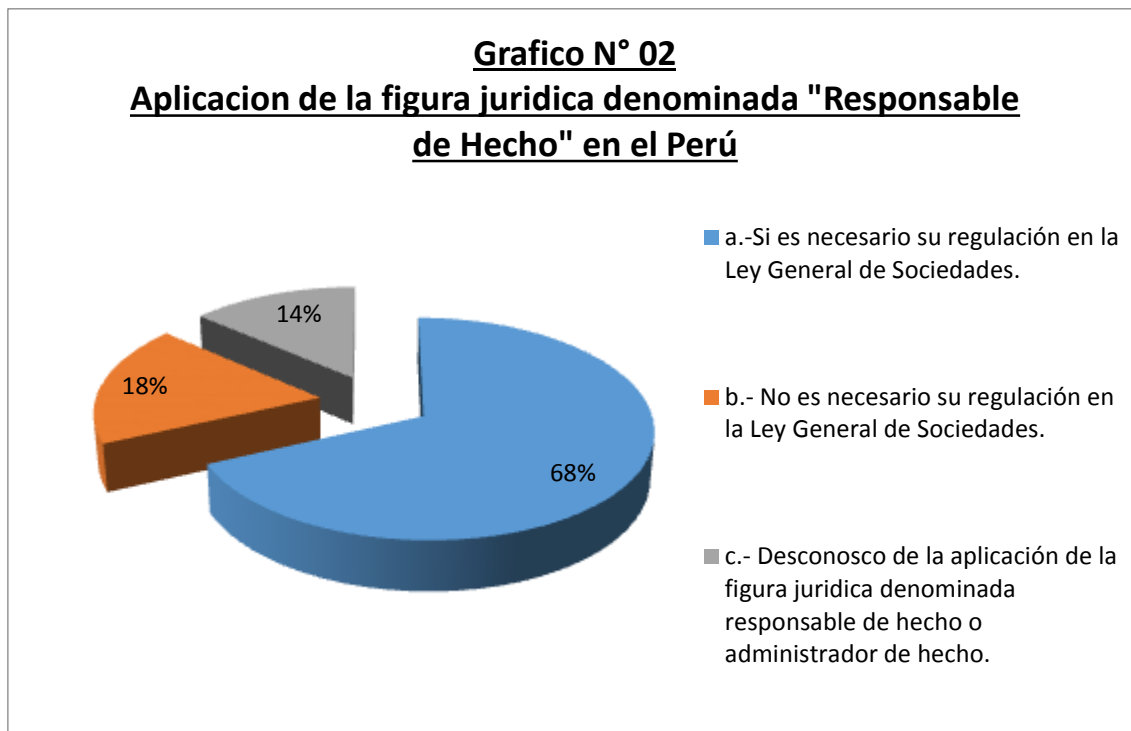
¿Considera usted que la figura antes mencionada, debe ser regulada en nuestra Ley General de Sociedades?

CUADRO N° 02

Aplicación de la figura jurídica denominada "Responsable de Hecho" en el Perú

	TOTAL	%
a.-Si es necesario su regulación en la Ley General de Sociedades.	15	68%
b.- No es necesario su regulación en la Ley General de Sociedades.	4	18%
c.- Desconozco de la aplicación de la figura jurídica denominada responsable de hecho o administrador de hecho.	3	14%
TOTAL	22	100%

Fuente: Cuadro elaborado por el autor.



Fuente: Gráfico elaborado por el autor.

2.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 02

A través del cuadro N° 02, se puede observar las respuestas proveídas por nuestros entrevistados, tanto por los jueces civiles, jueces superiores y abogados y docentes universitarios especializados en derecho comercial, sobre la posible aplicación de la figura jurídica del responsable de hecho en nuestra Ley General de Sociedades.

Con respecto a ello, las respuestas otorgadas por nuestros entrevistados fueron las siguientes:

a. Si es necesario su regulación en la Ley General de Sociedades

Respecto a la aplicación en nuestro país de la figura del responsable de hecho, fueron 15 de nuestros entrevistados los que consideraron dicha opción, número total que representa el 68% del total de encuestados. Cabe resaltar que quienes señalaron la presente respuesta fueron 6 jueces superiores, 5 Jueces especializados en lo Civil y 4 Abogados y Docentes Universitarios especializados en comercial.

b. No es necesario su regulación en la Ley General de Sociedades.

Respecto a la posible aplicación en nuestro país de la figura del responsable de hecho, fueron 4 de nuestros entrevistados los que indicaron la opción en mención, número total que representa el 18% del total de entrevistados- Cabe resaltar que quienes señalaron la presente respuesta fueron 2 jueces superiores, 1 Juez especializados en lo Civil y 1 Abogado y Docente Universitario especializado en comercial.

c. Desconozco de la aplicación de la figura jurídica denominada responsable de hecho

Respuesta que fueron dadas por 3 de nuestros entrevistados, número total que representa el 14% del total de encuestados. Cabe resaltar que quienes señalaron la presente respuesta fueron 1 Juez Superior, 1 Juez Especializado en lo Civil, y 1 abogado y docente especializados en materia comercial.

2.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 02

Con respecto a la segunda pregunta que fue suministrada a nuestros entrevistados, la cual trata si la figura del responsable de hecho puede ser aplicada en nuestro país. Al respecto, fueron 15 de nuestros entrevistados, que representan el 68% del total de entrevistados, quienes manifestaron que esta figura si puede ser aplicada en nuestro país; mientras que 4 entrevistados, que representan el 18% del total de entrevistado, considero que no puede ser aplicado en nuestro país, y un 14% -los mismos que señalaron que desconocían alguna noción sobre el levantamiento del velo societario-señalo que desconocía de la aplicación del levantamiento del velo societario.

Del cuadro N° 02, se ha podido apreciar que gran mayoría de entrevistados son de la opinión, que en nuestro país se puede aplicar la figura del responsable de hecho o administrador de hecho. A lo expuesto, debemos indicar que la mayoría que opto por esta posición tiene una noción precisa sobre esta figura jurídica, del mismo modo nuestros entrevistados indicaron que al regularse la mencionada figura en la ley general de sociedades podrá evitarse la elusión y evasión tributaria; pues es conocido por los especialistas en materia comercial que los administrador de hecho, emplean las sociedades mercantiles para su satisfacción propia o de terceros a fin de evitar el pago de tributos, obligaciones laborales, crediticias, etc.

Por otro lado, debemos indicar que un grupo de entrevistados menciono que el responsable de hecho o administrador de hecho no debería ser regulado en nuestra legislación societaria; en razón a que dicha figura ya se encuentra regulada en el artículo 16°-A del código tributario, el mismo que fue incorporado mediante el Decreto Legislativo N° 1121. A través de dicho dispositivo legal, se realizaron una serie de reformas al Código Tributario, en las que destacan la incorporación a dicho cuerpo normativo la Norma XVI y del artículo 16°-A. Mediante la primera, se autoriza a la Administración Tributaria a desconocer los actos cometidos en fraude a la ley y por ende a tomar en cuenta la realidad económica de los hechos, mientras que, a través de la

segunda, se incluye al administrador de hecho como responsable solidario en los supuestos en los que por *dolo o negligencia grave* se dejen de pagar deudas tributarias.

En cuanto a la creación del artículo 16-A del Código Tributario, debemos indicar que su tenor es el siguiente:

<p><u>Artículo 16º-A.- ADMINISTRADOR DE HECHO – RESPONSABLE SOLIDARIO</u></p>
<p><i>Está obligado a pagar los tributos y cumplir las obligaciones formales en calidad de responsable solidario, <u>el administrador de hecho.</u></i></p>
<p><i>Para tal efecto, <u>se considera como administrador de hecho a aquél que actúa sin tener la condición de administrador por nombramiento formal y disponga de un poder de gestión o dirección o influencia decisiva en el deudor tributario, tales como:</u></i></p>
<ol style="list-style-type: none"><i>1. Aquél que ejerza la función de administrador habiendo sido nombrado por un órgano incompetente, o</i><i>2. Aquél que después de haber renunciado formalmente o se haya revocado, o haya caducado su condición de administrador formal, siga ejerciendo funciones de gestión o dirección, o</i><i>3. Quien actúa frente a terceros con la apariencia jurídica de un administrador formalmente designado, o</i><i>4. Aquél que en los hechos tiene el manejo administrativo, económico o financiero del deudor tributario, o que asume un poder de dirección, o influye de forma decisiva, directamente o a través de terceros, en las decisiones del deudor tributario.</i>
<p><i>Existe <u>responsabilidad solidaria cuando por dolo o negligencia grave se dejen de pagar las deudas tributarias. Se considera que existe dolo o negligencia grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor tributario incurra en lo establecido en el tercer párrafo del artículo 16º.</u> En todos los demás casos, corresponde a la Administración Tributaria probar la existencia de dolo o negligencia grave.</i></p>

De lo expuesto en las líneas anteriores, se aprecia que el legislador incluyó al administrador de hecho como responsable solidario en los supuestos en los que por dolo o negligencia grave se dejen de pagar deudas tributarias. Además de lo acotado, es preciso señalar que el artículo en mención busca responsabilizar a un accionista, el cual valiéndose fraudulentamente de la personalidad jurídica

de una sociedad sobre la que ejerce control en sus decisiones a fin de actuar en perjuicio del Fisco.

En base a lo señalado vemos necesario que la regulación establecida en el código tributario, concuerde con otros cuerpos normativos, como por ejemplo en el código penal a fin de que se le impute expresamente la responsabilidad solidaria al administrador de facto; lo cual no está regulado en el código penal vigente; o que se establezca la prohibición debida de esta clase de administración de las sociedades mercantiles en el código civil y ley general de sociedades.

7. **PREGUNTA N° 03**

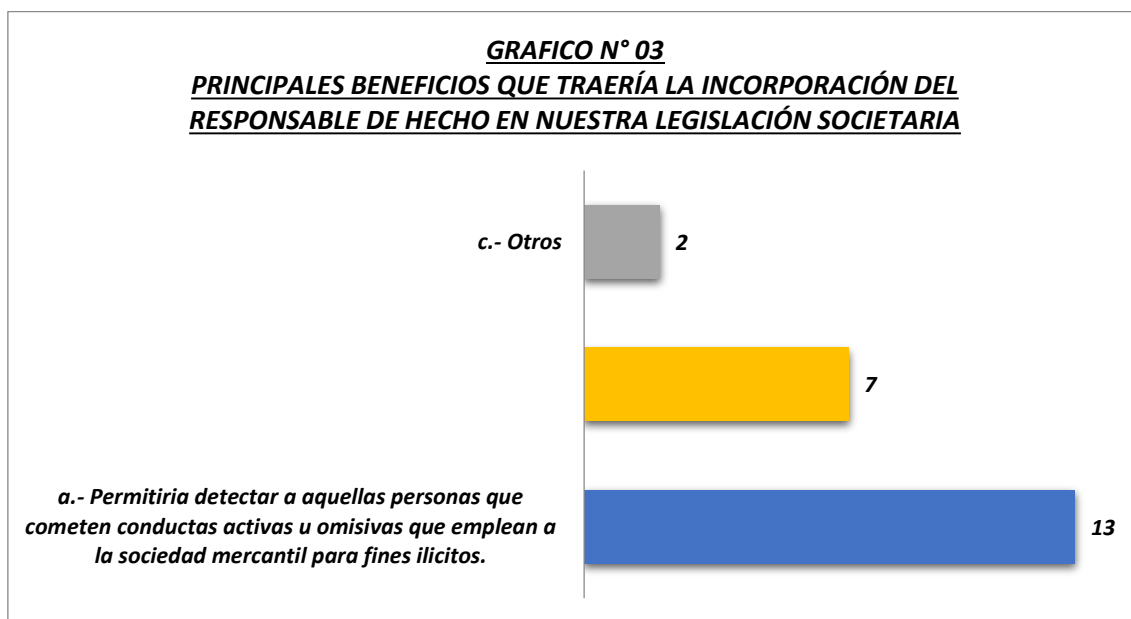
Para usted, ¿Cuáles serían los principales beneficios que traería la incorporación del responsable de hecho en nuestra legislación societaria?

CUADRO N° 03

PRINCIPALES BENEFICIOS QUE TRAERÍA LA INCORPORACIÓN DEL RESPONSABLE DE HECHO EN NUESTRA LEGISLACIÓN SOCIETARIA

	TOTAL	%
a.- Permitiría detectar a aquellas personas que cometen conductas activas u omisivas que emplean a la sociedad mercantil para fines ilícitos.	13	59%
b.- Permitiría que los magistrados especializados en comercial tengan un mayor conocimiento tanto de la figura del responsable de hecho, como de la doctrina del levantamiento del velo societario, así como de otras figuras tales como: grupos de sociedades, evasión y elusión tributaria, etc.	7	32%
c.- Otros	2	9%
TOTAL	22	100%

Fuente: Cuadro elaborado por el autor.



Fuente: Gráfico elaborado por el autor.

7.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 03

A través del cuadro N° 03, se puede observar las respuestas proveídas por nuestros entrevistados, tanto por los jueces civiles, jueces superiores y abogados y docentes universitarios especializados en derecho comercial, al consultarles cuales serían los principales beneficios que traería la incorporación del responsable de hecho en nuestra legislación societaria.

Con respecto a ello, las respuestas otorgadas por nuestros entrevistados fueron las siguientes:

a. Permitiría detectar a aquellas personas que cometen conductas activas u omisivas que emplean a la sociedad mercantil para fines ilícitos.

Fueron 13 entrevistados los que señalaron esta opción. Dichos entrevistados representan el 59% del total. Cabe indicar que los entrevistados que consideraron esta opción fueron: 5 juez superior, 4 juez civil y 4 abogados y docente universitario.

b. Permitiría que los magistrados especializados en comercial tengan un mayor conocimiento tanto de la figura del responsable de hecho, como de la doctrina del levantamiento del velo societario, así como de otras figuras tales como: grupos de sociedades, evasión y elusión tributaria, etc.

Fueron 7 de nuestros entrevistados los que indicaron la opción en mención, número total que representa el 32% del total de entrevistados. Cabe resaltar que quienes señalaron la presente respuesta fueron 3 jueces superiores, 2 Jueces especializados en lo Civil y 2 Abogados y Docentes Universitarios especializado en comercial.

c. Otros

Fueron 2 entrevistados los que señalaron esta opción, los cuales representan el 9% del total. Cabe indicar que los entrevistados que consideraron esta opción fueron: 1 juez superior y 1 abogados y docente universitario.

7.2. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 03

A la pregunta suministrada a nuestros entrevistados, sobre cuáles serían los principales beneficios que traería la incorporación del responsable de hecho en nuestra legislación societaria se ha podido apreciar que existen tres principales beneficios que traería la incorporación de la mencionada figura en nuestra legislación societaria, las cuales son:

a) Permitiría detectar a aquellas personas que cometen conductas activas u omisivas que emplean a la sociedad mercantil para fines ilícitos.

Los especialistas entrevistados, han manifestado que esta opción es una de los principales beneficios que traería la incorporación del denominado responsable de hecho, debido a que hoy en día se aprecia en nuestro país que terceras personas – sin la investidura legal requerida- controlan y toman decisiones dentro de la compañía, abusando de esta manera de la personalidad jurídica que ésta posee.

Adicionalmente a ello debemos precisar que el elemento esencial de la figura del administrador de hecho es el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se

trate, asumiendo la sociedad, los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social.

Tengamos en cuenta que existen dos actos ilícitos muy frecuentes que son empleados por los administrados de hecho, quienes se dirigen de facto la(s) sociedad(es) mercantil(es) los cuales son la elusión y la evasión tributaria.

Según destacan nuestros entrevistados la evasión se circunscribe en uno de los extremos de la resistencia tributaria, pues en su configuración típica se constituye como el incumplimiento de una obligación tributaria perfecta, lo que ha llevado al consenso de considerarla ilícita. Mientras que la elusión tributaria ilícita es considerada por nuestros entrevistados como aquella conducta desplegada por el administrador de hecho para prescindir del cumplimiento de la normativa, ocultando su verdadera capacidad económica, a través del uso de formas jurídicas permitidas por el ordenamiento jurídico, pero destinadas para otros fines.

Concuerdan los entrevistados que muchas veces los administradores de hecho emplean estos actos ilícitos para evitar el cobro de acreencias por parte de trabajadores o terceros. Asimismo, señalan también que los administradores optan por someter a un procedimiento concursal para luego liquidar la sociedad mercantil, y así cobrar supuestas acreencias a la empresa en liquidación con el propósito de recuperar la mayor de su dinero, perjudicando de esta manera a los trabajadores y otros acreedores.

Sobre lo señalado en el párrafo anterior, nuestros entrevistados también indicaron que han tenido conocimiento de que existen casos en que los administradores de hecho optan por declarar en insolvencia la empresa con el propósito de evitar el cobro de tributos por parte de la administración tributaria, vulnerando con ello lo establecido por el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 813. Cabe indicar que el artículo en mención señala lo siguiente:

“La defraudación tributaria será reprimida con pena privativa de libertad no menor de 8 (ocho) ni mayor de 12 (doce) años y con 730 (setecientos treinta) a 1460 (mil cuatrocientos sesenta) días-multa cuando:

b) Se simule o provoque estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos”.

b) Permitiría que los magistrados especializados en comercial tengan un mayor conocimiento tanto de la figura del responsable de hecho, como de la doctrina del levantamiento del velo societario, así como de otras figuras tales como: grupos de sociedades, evasión y elusión tributaria, etc.

Los entrevistados consideran que de incorporarse tal figura en nuestra legislación societaria, así como va a permitir un mayor control de las sociedades mercantiles. También permitirá una mejor instrucción a nuestros jueces especializados; ello en razón a que nuestros magistrados no se encuentran debidamente capacitados para este tipo de procesos, pues tanto la figura del responsable de hecho como la doctrina del Levantamiento del Velo Societario, doctrina que aplica la figura en mención, solo han sido comentadas a través de la doctrina y jurisprudencia, pero no han sido reguladas específicamente en nuestra ley societaria.

Del mismo modo, al darse la debida capacitación a los magistrados permitirán que estos cuenten con nociones vinculadas a las figuras en mención, tales como los grupos de sociedades, y las figuras de evasión y elusión tributaria.

8. PREGUNTA N° 04

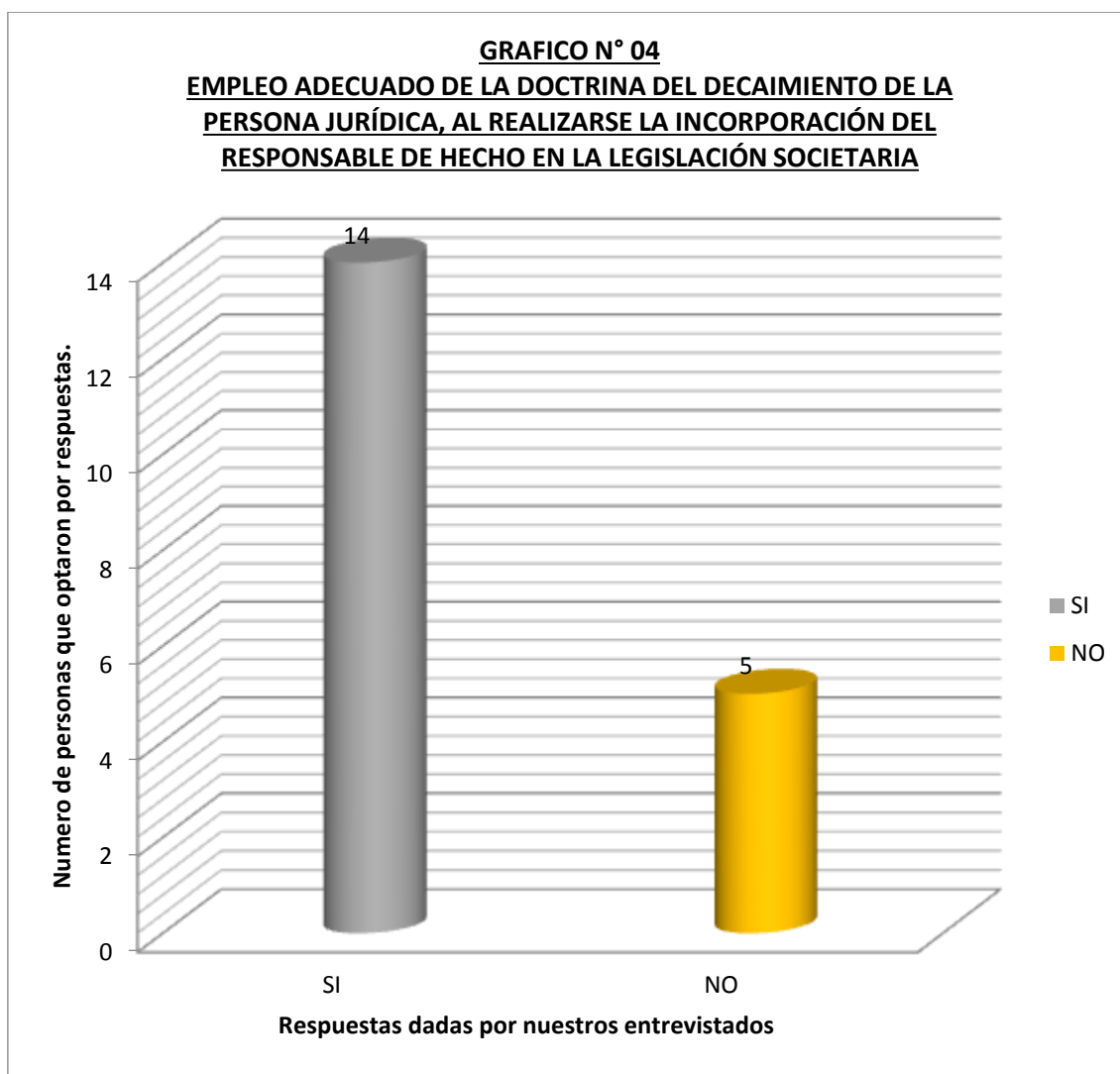
¿Considera usted que una adecuada regulación de la figura del responsable de hecho; permitirá que la doctrina del Decaimiento de la Personalidad Jurídica pueda ser empleada con mayor frecuencia, con el objeto de impedir que los administradores de hecho puedan realizar actividades ilícitas utilizando para ello la sociedad mercantil?

CUADRO N° 04

EMPLEO ADECUADO DE LA DOCTRINA DEL DECAIMIENTO DE LA PERSONA JURÍDICA, AL REALIZARSE LA INCORPORACIÓN DEL RESPONSABLE DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA

	TOTAL	%
SI	14	74%
NO	5	26%
TOTAL	19	100%

Fuente: Cuadro elaborado por el autor.



Fuente: Gráfico elaborado por el autor.

8.1. ANÁLISIS DEL CUADRO N° 04

A través del cuadro N° 04, se puede observar las respuestas proveídas por aquellos entrevistados quienes han manifestado su opinión sobre el empleo

adecuado de la doctrina del decaimiento de la persona jurídica, al realizarse la incorporación del responsable de hecho en la legislación societaria

Con respecto a ello, solo hemos tomado en cuenta las respuestas otorgadas por los entrevistados que se mostraron a favor de la incorporación de la figura del administrador de hecho en nuestra legislación societaria los cuales han un total de 19 entrevistados, siendo sus respuestas las siguientes:

a. Si

Aquellos entrevistados que consideraron esta opción, fueron 14 entrevistados, los cuales representan al 74% del total de entrevistados que consideraron que esta figura debería ser legislada. Cabe señalar que de los 14 entrevistados, estos fueron: 6 jueces superiores, 4 Juez especializado en lo civil y 4 abogados y docentes universitarios especializado en lo Comercial.

b. No

Los entrevistados que consideraron esta opción fueron en total 5, los cuales representan al 26% del total de entrevistados. Cabe señalar que de los 5 entrevistados, estos fueron: 2 jueces superiores, 2 Jueces especializado en lo civil; y 1 abogado y docente universitario especializado en lo Comercial.

2.3. DISCUSIÓN DEL CUADRO N° 04

Con respecto a la pregunta N° 04, en la que se les consulto a aquellos entrevistados sobre el empleo adecuado de la doctrina del decaimiento de la persona jurídica, al realizarse la incorporación del responsable de hecho en la legislación societaria

Ante ello, nuestros entrevistados han considerado que al incorporarse la figura del responsable de hecho en nuestra legislación societaria, generaría un mayor desarrollo jurisprudencial de la denominada doctrina “*Decaimiento de la*

Personalidad Jurídica”; por cuanto esta figura de origen anglosajón se encuentra relacionada con la figura del administrador de hecho. Al respecto CHANG YONG, manifestaba que: ***“uno de los requisitos fundamentales para levantar el velo societario, buscando con ello responsabilizar al accionista de la empresa, es que éste, mediante el control de las decisiones de la compañía, haya abusado de la personalidad jurídica que ésta posee. Así pues, un requisito que resulta fundamental para poder levantar el velo y responsabilizar al accionista es que éste tenga el control efectivo de la empresa”***. (CHANG, s/f, p. 93)

Por lo expuesto, podemos apreciar que una de las condiciones para que se permita el decaimiento del velo societario (como es que también se le denomina a esta doctrina) es que se demuestre que el accionista tenía control sobre las decisiones de la empresa, existen dos formas de que ello suceda:

- El accionista era administrador designado por la empresa (administrador de derecho)
- El accionista era un administrador de facto (administrador de hecho)

Con respecto al primer supuesto, no habría controversia alguna pues se le imputa responsabilidad al administrador de derecho, tal y como lo preceptúa tanto el artículo 16° del código tributario; como el artículo 191° de la Ley General de Sociedades; artículos que imputan responsabilidad solidaria al representante designado por la sociedad cuando éste por dolo, negligencia grave o abuso de facultades imputa con sus obligaciones.

Sin embargo, en el segundo supuesto vemos que nos encontramos ante el administrador de hecho el mismo que controla la sociedad sin ninguna investidura legal. Ante tal supuesto, nuestro legislador nacional solo ha planteado la posibilidad de que el administrador de hecho sea sancionado en base a lo establecido por el artículo 16°-A del Código Tributario; pero, no ha tomado en cuenta que es necesario que dicha figura también sea regulada tanto en la legislación societaria e inclusive en la vía penal, específicamente en el artículo 198° el cual pertenece al capítulo VI: Fraude en la Administración de

Personas Jurídicas del Título V: Delitos contra el Patrimonio del Libro Segundo Parte Especial del Código Penal Vigente.

Con respecto al ámbito penal, debemos señalar que el código penal español dispone en el artículo 295° la posibilidad de sancionar penal al administrador de hecho:

“Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en 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, cuenta participes 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 de beneficio obtenido”.

Como se puede apreciar, la figura del responsable de hecho –pieza clave para poder realizar el desvelamiento de la personalidad jurídica- se encuentra debidamente regula en el código penal español de 1995. En vista de ello, consideramos que a fin sea regulado esta figura, somos de la opinión que el responsable de hecho debe ser regulado tanto en nuestra ley general de sociedades como en nuestro código penal vigente.

A lo señalado anteriormente, debemos señalar que a la fecha existe una serie de proyectos legislativos, que en su conjunto buscan realizar una reforma a nuestro código penal vigente. En ese sentido, el artículo 148° de dicho proyecto legislativo señala que se atribuirán la responsabilidad de las personas jurídicas a:

“138.1. Las personas jurídicas son responsables por cualquiera de los delitos previstos los articulo 601 y 603 que, en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo indirecto cometan:

a) Sus administradores o representantes, de hecho o de derecho, y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.”

Como se aprecia, en este proyecto legislativo, han tomado en cuenta la figura del responsable de hecho o también denominado administrador de hecho. Sin embargo, consideramos que para que guarde una coherencia es necesario también que esta figura sea regulada adecuadamente también en nuestro código civil vigente y, desde luego, en nuestra ley general de sociedades, teniendo en cuenta además que existen cuerpos normativos en el derecho comparado, dentro de los que destacan el artículo 133° de la Ley de Sociedades Anónimas Española la cual señala:

“El que actúa como administrador de hecho de la sociedad, responderá personalmente frente a la sociedad, frente a las accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador”.

Asimismo, otras legislaciones que cuenta con una regulación normativa referida al responsable de hecho y el levantamiento del velo societario son: el Código Civil y Comercial de Argentina que empezó a regir hace unos cuantos meses, así como su Ley General de Sociedades que en el artículo 54° se refiere a la figura de la inoponibilidad de la persona jurídica; e incluso la Ley General de Sociedades Paraguaya.

Como se puede apreciar urge la necesidad que la figura del responsable de hecho se encuentre debidamente regulada en nuestra ley general de sociedades, y nuestro código civil; por lo que somos la opinión que los artículos que deben ser modificados son el artículo 6° de la LGS y el artículo 78° del código civil de 1984.

CAPITULO II

COMENTARIOS A LAS RTF N° 06372-5-2012 Y 08635-8-2014

1. RTF N° 06372-5-2012

Mediante la Resolución de Oficina Zonal N° 145-014-0000195, emitida el 27 de noviembre de 2006, por Oficina Zonal Chimbote de la SUNAT, se declaró **INFUNDADA** la reclamación formulada contra la Resolución de Determinación N° 141-004-000002; la cual declaro responsable solidario al recurrente.

La Resolución de determinación precitada declaró que el recurrente es responsable solidario de la Pesquera Tauro S.A., al amparo del artículo 16° del Código Tributario, por lo que se le atribuye la deuda tributaria.

Asimismo, la citada resolución se sustenta en el Informe General de Responsabilidad N° 003-2006-2K1003. En dicho informe se detallan los hechos que llevaron a la Administración Tributaria a concluir que el recurrente y el señor Keneth Gabilondo Cabrera, fueron –en su momento- responsables de la gestión de la empresa Pesquera Tauro S.A., señalando en el mismo que los responsables antes mencionados no pagaron las deudas tributarias acumuladas en el ejercicio 2005, incluyendo el Impuesto General a las Ventas por la venta de la planta industrial de la empresa Pesquera Tauro S.A. por el importe s/ 2'912 585.00.

Además de lo acotado, la Administración Tributaria indicó que el recurrente tuvo representación de la empresa Pesquera Tauro S.A., desde el año 1998 como apoderado de la misma y posteriormente como director, cuyo nombramiento se produjo en la Junta General de Accionistas de fecha 18 de noviembre de 1999, observándose que la renuncia dicho cargo se dejó constancia en el Acta de la Junta de Accionistas de fecha 30 de marzo de 2005.

De otro lado, la Administración Tributaria acoto que el recurrente actuó como representante en diversas Juntas de Accionistas de las empresas accionistas de Pesquera Tauro S.A. las cuales son: BINHAMTOM CORP., FRANKEY INC. Y LOS SALMONES Y PESQUERA NACIONAL S.A.; participando siempre en las decisiones importantes de la empresa Pesquera Tauro S.A.

Asimismo, la Administración Tributaria señala que a través de las sesiones de la Junta General de Accionistas, el recurrente (en representación de los socios) tomo decisiones para beneficio de la empresa como de terceros, como fueron para las empresas Pesquera Casma S.A. y Pesquera Langostino S.A.; empresas en las que los accionistas son los mismos y donde el recurrente representó a los accionistas.

Asimismo, el Informe General de Responsabilidad N° 003-2006-2K1003 señaló que la Administración Tributaria responsabilidad al recurrente de generar una crisis económica financiera a la empresa Pesquera Tauro S.A., al gestionar la venta de la Planta Industrial de la citada empresa; incluyendo en dicha venta el terreno, maquinarias y equipos que la componen.

Otro de las documentales en que se sustentan y complementan los dicho en la Resolución de Determinación N° 141-004-000002, son el Informe N° 175-2006-2K1004 y la Carta N° 030-2006/PT. En dichas documentales se alega que el recurrente sigue desempeñando la gestión de la referida empresa como apoderado, director y representante, concertando y negociando la venta de la planta pesquera ya mencionada en el párrafo anterior; aun cuando el recurrente renunció al cargo de director de la empresa Pesquera Tauro S.A.

Asimismo la Administración Tributaria, a través del Informe N° 175-2006-2K1004, ha señalado que el recurrente ha actuado como un *“Administrador de Hecho”* de Pesquera Tauro S.A., ejerciendo –aún- sus funciones de representación. En vista a lo señalado en las líneas precedentes, la Administración Tributaria determino que el recurrente es responsable solidario por la deuda tributaria de Pesquera Tauro S.A.

Sin embargo, el Tribunal Fiscal considero pertinente que la Administración proceda dar trámite de reclamación a la apelación interpuesta contra la Resolución de Oficina Zonal N° 145-014-00000195, a fin de que el recurrente pueda ejercer su derecho de defensa, debido a que al momento de resolverse la reclamación se había convalidado el valor impugnado al señalarse nuevos fundamentos de la emisión de la Resolución de Determinación N° 141-004-00000002.

- **NUESTRA OPINIÓN**

Si bien el Tribunal Fiscal, decidió remitir los actuados a la Administración para que proceda conforme a lo dispone en la presente resolución; ello no omite que podamos emitir una opinión al respecto

Se aprecia que la Administración incorpora como fundamento la categoría de *“administrador de hecho”*, la que, según indica, *surge ante la evidencia de que la conducta delictiva (o dolosa) será muchas veces referible a un sujeto que gestiona la actividad de la sociedad sin un título formal de administrador*; por lo cual, quien actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause.

De lo expuesto en las líneas anteriores, podemos apreciar que hasta la fecha la figura del administrador de hecho es empleado solo en la vía tributaria y que ha contribuido para determinar la responsabilidad solidaria que tienen aquellas personas que controlan y gestionan la sociedad mercantil.

En el presente caso, existe abundante información para la determinación del Administrador de Hecho, tal y como ha quedado establecido y sustentado en la Resolución de Determinación N° 141-004-000002, la cual encuentra sus fundamentos en el Informe General de Responsabilidad N° 003-2006-2K1003, el Informe N° 175-2006-2K1004 y la Carta N° 030-2006/PT; en los cuales se ha podido determinar:

- 1) El recurrente ha sido representante de la pesquera TAURO S.A. así como de otras empresas que pertenecen al mismo grupo empresarial, pues son los mismos accionistas de Pesquera Tauro S.A. los que figuran en las empresas: BINHAMTOM CORP., FRANKEY INC. Y LOS SALMONES Y PESQUERA NACIONAL S.A., PESQUERA CASMA S.A. Y PESQUERA LANGOSTINO S.A.
- 2) El recurrente ha tenido dicha representación desde el año 1999 hasta su renuncia el 30 de marzo de 2005; participando activamente las decisiones importantes de la empresa en favor de los accionistas de la misma y de terceros.
- 3) Sin, embargo ha seguido ostentando dicho cargo hasta el momento que se realizó la compraventa de la planta de pesquera Tauro S.A.

Como podemos apreciar el recurrente se encuentra inmerso en la categoría de “administrador de hecho”, ejerciendo el cargo sin las debidas formalidades establecidas por Ley.

2. RTF N° 08635-8-2014

En el presente caso, el recurrente señaló que no se le podía atribuir la responsabilidad solidaria respecto de la deuda que mantenía la empresa en la que laborada, por cuando solamente ha tenido su representación para efectos procesal es y contractuales, mas no tuvo injerencia en la determinación, liquidación y pago de impuestos, y demás obligaciones tributarias de dicha empresa. Asimismo, señala el recurrente que no ha ejercido el control, ni supervisión del cumplimiento de las obligaciones contables de la empresa. En razón a lo expuesto, señaló el recurrente, no le resulta de aplicación lo establecido en el inciso 4) del artículo 16° del Código Tributario.

Refiere el recurrente que la empresa a la cual representaba le otorgo facultades contractuales para la venta de bienes; celebrando contratos de compraventa de inmuebles y de vehículos. Asimismo, señalo que no tuvo injerencia alguna en la disposición de los montos cobrados, ya que estos fueron entregados a la empresa.

Del mismo modo, el recurrente hizo hincapié en lo que respecta a las facultades que la empresa le otorgo; en las cuales no comprenden las de administración y disposición de recursos. De otro lado, aclara que si bien en los contratos firmados por Corporación Dan Cerviz S.A. (la empresa) con Petroperú aparece como gerente general de aquella; el recurrente era en realidad el apoderado de la empresa (todo ello conforme al poder inscrito en la Partida Registral N° 00865885-Asiento C0003 en el cual figura con tal cargo). En resumidas cuentas, el recurrente era el apoderado más no el gerente general de la empresa.

Además de lo acotado, manifiesta el recurrente que el gerente general de la empresa era otra persona; lo cual acredita con la Partida Registral N° 00865885. Asimismo, indica el recurrente que las ventas que se efectuaron en el año 2004, las realizo en calidad de apoderado.

En lo que respecta a los fundamentos de la Administración Tributaria, esta señala que de acuerdo a lo establecido en el artículo 16° del Código Tributario **se tiene que son responsables solidarios, entre otros, los administradores sin distinguir si son de hecho o de derecho, quedando claro que el legislador ha pretendido comprender dentro del ámbito normativo a todos aquellos sujetos que de hecho o de derecho realicen gestiones propias para administrar la empresa.**

Asimismo, señala la Administración Tributaria que el recurrente actuó como administrador de hecho, bajo la calidad de gerente general, de la mencionada empresa. Señala la Administración que el recurrente gozaba de las facultades otorgadas en los estatutos de la empresa, quedando claro que el recurrente estaba en capacidad de administrar económicamente los recursos dinerarios de la empresa y,

por lo tanto, le correspondía también la responsabilidad del pago de los tributos en los periodos acotados.

La Administración también alega que durante los años 2004 y 2005, el recurrente ostentaba el cargo de gerente general, por lo que se han configurado los supuestos establecidos en los incisos 2) y 4) del artículo 16° del Código Tributario.

De otro lado, la Administración ha señalado que durante el procedimiento de fiscalización que se realizó a la empresa, en el año 2004, se transfirió al recurrente un vehículo de transporte, sin emitir comprobante de pago, y además que no se registraron contablemente las transferencias de activos fijos de dicha empresa, incluyendo la venta del vehículo, ni mucho menos se declararon las transferencias de activos fijos, lo que evidencia una intención dolosa de engañar al fisco a fin de pagar menos impuestos o dejar de pagar los tributos que le correspondan.

De todo lo expuesto hasta el momento, podemos indicar que en el presente caso la Administración atribuyó al recurrente, mediante la Resolución de Determinación N° 012-004-0000349, la responsabilidad solidaria respecto de la deuda de la Corporación Dan Cerviz S.A.

En vista a lo expuesto en los párrafos anteriores, el Tribunal Fiscal -al analizar los hechos y documentales- ha señalado que para imputar responsabilidad solidaria a los representantes legales es necesario verificar:

- i) Si tenían tal calidad en los periodos acotados por los que se les atribuye responsabilidad solidaria;
- ii) Si se encontraban encargados y/o participaban en la determinación y pago de tributos por tales periodos;
- iii) Si el incumplimiento de obligaciones tributarias ocurrió por dolo, negligencia o abuso de facultades del representante.

Sin embargo, señala el Tribunal Fiscal, no se ha podido advertir que el recurrente hubiese tenido la calidad de gerente general de Corporación durante los ejercicios

2004 y 2005, siendo que lo que se aprecia es que dicha empresa le otorgó diversos poderes a fin de que la representara.

Asimismo, el Tribunal se ha pronunciado con respecto a la imputación realizada por la Administración Tributaria, la cual consiste en imputar al recurrente la responsabilidad solidaria de la deuda de la Empresa, al considerar que en los ejercicios 2004 y 2005, el recurrente habría actuado como administrador de hecho en calidad de gerente general. En relación a lo señalado por la Administración, el Tribunal Fiscal indica que mediante el Decreto Legislativo N° 1121 vigente desde el 19 de julio de 2012, fue incluida la figura del administrador de hecho, por lo que en los ejercicios materia de análisis no resultaba válido que la Administración considerara que el recurrente era responsable solidario bajo la calidad de administrador de hecho, siendo necesario que se acreditara su representación formal.

En vista lo expuesto anteriormente, el Tribunal Fiscal dispuso: **REVOCAR** la Resolución de Intendencia N° 026-2014-00032829/SUNAT y **DEJAR SIN EFECTO** la Resolución de Determinación N° 012-004-0000349.

- **NUESTRA OPINIÓN**

En el presente caso se puede apreciar que la Administración Tributaria, quiso emplear la figura del administrador de hecho, en un ejercicio fiscal en el cual no se encontraba todavía vigente el artículo 16°-A, el cual se establece la figura del administrador de hecho. Esta figura recién fue incluida a través del Decreto Legislativo N° 1121, por lo que en los ejercicios materia de análisis no resulta válido que la Administración considere que el recurrente sea responsable solidario bajo la calidad de administrador de hecho, siendo necesario que se acreditara su representación formal.

Del mismo modo, se ha podido apreciar que si bien existen notables evidencias de que el recurrente –al parecer- ha sido en realidad un administrador de hecho; lastimosamente no se le puede determinar una responsabilidad solidaria por cuanto el artículo 16° -A del Código Tributario no se encontraba vigente y mucho menos el artículo 16° del Código Tributario tenía la redacción actual.

Es menester que el artículo 16° del TUO del Código Tributario, aprobado por D.S. N° 135-99-EF, disponía originalmente que estaban obligados a pagar los tributos y cumplir las obligaciones formales en calidad de representantes, con los recursos que administran o que dispusieran, entre otros, los representantes legales y los designados por las personas jurídicas (numeral 2), los administradores o quienes tuvieran la disponibilidad de los bienes de los entes colectivos que carecieran de personería jurídica (numeral 3), y los mandatarios, administradores, gestores de negocios y albaceas (numeral 4), precisándose que en dichos casos existía responsabilidad solidaria cuando por dolo, negligencia grave o abuso de facultades se dejarán de pagar las deudas tributarias.

Mientras que en la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 953, se indicaba que se consideraría que existía dolo, negligencia grave o abuso de facultades, salvo prueba en contrario, entre otros, cuando el deudor tributario no llevara contabilidad o llevara dos o más juegos de libros o registros para una misma contabilidad, con distintos asientos, entendiéndose que el deudor no lleva contabilidad cuando los libros o registros que se encuentra obligado a llevar no son exhibidos o presentados a requerimiento de la Administración, dentro de un plazo máximo de 10 días hábiles, por causas imputables al deudor tributario (numeral 1), o cuando no hubiese declarado ni determinado la obligación en el plazo requerido por el numeral 4 del artículo 78° del Código Tributario.

De lo expuesto, se puede apreciar que la Administración Tributaria no podía imputar tal calidad al recurrente, y por ende la Resolución de Intendencia tuvo que ser REVOCADA; mientras que la Resolución de Determinación fue dejada SIN EFECTO.

TÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3. CONCLUSIONES

3.1. El administrador de hecho o responsable de hecho son aquellos que sin estar investidos formalmente de la condición de administradores de derecho, llevan a cabo la gestión efectiva de la sociedad, de forma autónoma e independiente, participando activamente en el desarrollo y formación de la voluntad social.

3.2. Los elementos caracterizadores del administrador de hecho son:

- a) Una efectiva intervención en la dirección, administración y gestión de la sociedad;
- b) Que dicha actividad directa y de gestión se ejerza con total independencia o autonomía de decisión;
- c) Que el desempeño de las funciones propias del cargo de administrador sean ejercidas de manera modo permanente.

3.3. Por otro lado, se ha podido apreciar que esta figura se encuentra debidamente regulada en el artículo 16°-A de nuestro código tributario vigente. Sin embargo, vemos que dicha figura adolece de un articulado en otros cuerpos normativos

tales como el código civil, la ley de procedimiento concursal, el código civil y sobretodo en nuestra ley general de sociedades vigente.

- 3.4. Hay que indicar que en otras legislaciones, esta figura se encuentra debidamente regulada tanto en el ámbito civil, penal, tributario y/o societario; siendo las legislaciones española, argentina, paraguaya, colombiana, entre otras las que en sus distintos cuerpos normativos han regulado dicha figura.
- 3.5. Asimismo, es menester indicar que el administrador de hecho actúa de esta manera con el propósito de realizar una serie de actividades ilícitas para su propio beneficio o de terceros, empleando para ello la elusión y la evasión tributaria con el propósito de beneficiar de las normas legales vigente o de vacíos legales que se encuentran dentro de nuestra normatividad nacional.
- 3.6. Debemos precisar además que la doctrina del decaimiento de la persona jurídica se encuentra supeditada inexorablemente al cumplimiento de requisitos legales tales como: la constitución de la persona jurídica, la existencia de una obligación a favor de un tercero, el incumplimiento de dicha obligación por parte del socio en caso de uso indebido de la persona jurídica o con fraude a la ley causando daño entendido como la pérdida, disminución o menoscabo sufrido en el patrimonio del acreedor o tercero.
- 3.7. De otro lado, es menester señalar que el administrador o representante hecho es la pieza clave para poder correr el velo societario de una persona jurídica; pues es esta persona (natural o jurídica) la que encarga de controlar una o varias empresas (las cuales en ciertos casos pertenecen a un grupo empresarial) a fin de evitar ciertas obligaciones contractuales, laborales o tributarias.

En ese orden de ideas, consideramos que debe de extenderse la responsabilidad a aquellas personas que aparezcan como socios en los registros a pesar de haber cesado en sus funciones así como aquellas personas que controlan, gestionan o administran la sociedad sin haber contado con alguna investidura legal,

quebrantando de esta manera lo estipulado por las normas civiles, sociedades, tributarias, y entre otros.

3.8. El hecho de fijar normas legales que prevean expresamente la posibilidad de desestimar algunas características de la sociedad, dota de seguridad jurídica a nuestro ordenamiento jurídico. Con ello se busca respetar la ley, que no se afiance la anarquía jurisdiccional, que no se concedan a los jueces facultades-poderes absolutos atentatorios contra el principio de autoridad y respeto a la ley, que se consolide la seguridad jurídica tan necesaria al hombre y a la sociedad.

3.9. Es conveniente la aplicación del levantamiento del velo societario en la medida que no se permitan la consumación de fraude a la ley y abusos del derecho realizado por el administrador de hecho que actúa bajo la protección de la personalidad jurídica de la sociedad constituida en el Perú.

4. RECOMENDACIONES

4.1. Recomendamos que la figura del representante o administrador de hecho sea debidamente regulada tanto en nuestra ley general de sociedad como también en nuestro código civil vigente; con el propósito de dejar establecido que dicha figura se encuentra prohibida de gestionar y/o controlar una sociedad mercantil. En vista de ello, en la presente investigación, hemos considerado necesario realizar una propuesta normativa a fin de que esta figura se encuentre debidamente regulada en ambos cuerpos normativos.

4.2. Del mismo modo, también consideramos que es necesario la debida regulación de los grupos empresariales, ya que hasta la fecha no encontramos normas específicas sobre ello.

4.3. Se debe fomentar la aplicación de la institución de la desestimación de la personalidad jurídica a nivel judicial, de tal manera que los jueces conozcan de su existencia y que sea de aplicación en aquellos casos en donde quede demostrado que un administrador de hecho es el encargado de gestionar y controlar una sociedad mercantil, contraviniendo normas de carácter societario, civiles, tributarias e inclusive hasta normas de carácter penal.

4.4. Del mismo modo, es necesario la incorporación de filtros para poder evitar que los administradores de hecho puedan gestionar y controlar las sociedades mercantiles; pues hoy en día es muy frecuente que los administradores de hecho empleen controlen las sociedades mercantiles sin la debida supervisión por parte de las entidades del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

1. Aguilar Rodas, W. (2010). *Análisis jurídico y doctrinario de la evasión fiscal*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
2. Andrade Ubidia, S. (2009). *El Levantamiento del Velo en la Doctrina y la Jurisprudencia Ecuatoriana*. Revista de Derecho No. 11 UASB Ecuador.
3. Araujo Falcao, A. (1964). *El hecho generador de la obligación tributaria*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
4. Capuano, A. (2009). The realist's guide to piercing the corporate veil: Lessons from Hong Kong and Singapore. *Australian Journal of Corporate Law*.
5. Cortes Cortes, M. & Iglesias León, M. (2012). *Generalidades sobre la metodología de la Investigación*. México: Universidad Autónoma del Carmen.
6. Cowell, F. (1990). *Engañar al Estado, un análisis económico de la evasión*. Madrid: Alianza Editorial.
7. Díaz, V. (1999). *Criminalización de las Infracciones tributarias*. Buenos Aires: Depalma Editores.
8. Elías Laroza, E. (2000). *Derecho Societario Peruano: La Ley General de Sociedades del Perú*. Trujillo: Editorial Normas Legales S.A.
9. Figueroa, D. (2011). *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano Aspectos Comparados con el Derecho Estadounidense*. Pág. 54. Ed., *El Jurista*. (2011)
10. Folco, C. (1997). *El delito de evasión fiscal*. Buenos Aires: Rubinzal –Culzoni.
11. García Vicente, J. (2003). *Responsabilidad solidaria y levantamiento del velo en la jurisdicción social*. Barcelona: Bosch.

12. García Vizcaíno, C. (1996). *Derecho Tributario: Consideraciones económicas y jurídicas*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma Editores
13. García Vizcaíno, C. (1996). *Derecho Tributario: Consideraciones económicas y jurídicas*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma Editores
14. Garnica Martín, J. *El levantamiento del velo de la persona jurídica*. Ensayo inédito proporcionado durante la estancia en el curso de Derecho Mercantil,
15. Garnica, C; Ferreira, A.; Ibañez, H. (2007). *Corte Constitucional Línea Jurisprudencial 1997 – 2007 Levantamiento del Velo Corporativo*. Universidad Sergio Arboleda.
16. Garrigues, J. (1979). *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. México.
17. Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo V, Bogotá: Editorial Temis
18. Giuliani Fonrouge, C. (1993). *Derecho Financiero*. Vol. II. (5ta Ed.). Buenos Aires: Editorial Palma.
19. Gonzales Barrón, G. (2005). *Tratado de Derecho Mercantil Registral. Registro de Sociedades*. Lima: Jurista Editores
20. Harvard Law Review Association. (1982). *Piercing the Corporate Law Veil: The Alter Ego Doctrine under Federal Common Law*. Harvard Law Review, Vol. 95, No. 4.
21. Hundskopf Exebio, O. (2009). *Manual de Derecho Societario*. Lima: Editorial Jurídica Grijley
22. Hundskopf Exebio, O. (s/f). *Derecho Societario*. Academia de la Magistratura. Lima
23. Latorre Chiner, N. (2003). *El administrador de hecho en las sociedades de capital*. Granada: Comares.
24. Lozano Hernández, J. (2006). *La Responsabilidad de los Empresarios en las Crisis Patrimoniales Desde el Derecho Romano hasta el Derecho de Grupos*, Lima: Fondo Editorial de la USMP.
25. Maisch Von Humboldt, L. (1970). *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Proyecto de Ley Tipo para América Latina*. Lima: UNMSM.
26. Montoya Manfredi, U. (1967). *Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles*. Lima: UNMSM.
27. Neyers, J. (2000). *Canadian Corporate Law, Veil Piercing, and the Private Law Model Corporation*. The University of Toronto Law Journal, Vol. 50, No. 2. 2000. At.
28. Neyers, J. (2000). *Canadian Corporate Law, Veil Piercing, and the Private Law Model Corporation*. The University of Toronto Law Journal, Vol. 50, No. 2.
29. Perez Salanic, Y. (2010). *Evasión fiscal y cierre temporal de empresas, defensa del contribuyente defensa del contribuyente, ciencias económicas y empresariales*, Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
30. Polanco Herrera, J. (1995). *El delito de defraudación tributaria y el contador público y auditor*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
31. Prades, D. (2011). *La responsabilidad del gestor en las sociedades de capital*. Madrid: Universidad de Comillas.
32. Ramsay, I. & Noakes, D. (2001). *Piercing the Corporate Veil in Australia*. Company and Securities Law Journal.
33. Real academia española. 2001. *Diccionario de la Lengua Española*. 22º Edición.
34. Real academia española. 2005. *Diccionario de la Lengua Española*.
35. Rivas Coronado, N. & Paollacar Silva, C. (2007). *Caracterización de la elusión fiscal en el impuesto a la renta de Chile*. Chile: CAPIV
36. Sierra Mejía, H. (1998). *El Derecho y El Revés del Impuesto*. Medellín: Señal Editora, Medellín-Colombia, 1988.

37. Villegas, H. (2001). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. (7ma Ed.). Buenos Aires: Depalma Editores.
38. Wilhem Kruse, H. (2001). *El ahorro de impuesto, la elusión fiscal y la evasión*. En: AA.VV. *Tratado de Derecho Tributario*. Bogotá: Themis.
39. Wormser, M. (1912). *Piercing the Veil of Corporate Entity*. En: Columbia Law Review, Vol. 12, No. 6.
40. Zorzi, N. (2004). *El Abuso de la personalidad jurídica*. Revista Derecho del Estado No. 16.

REVISTAS

1. Alonso Ureba, A. & Pulgar Ezquerro, J. (2008). *Relación de grupo y administración de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo*. En: Revista de Derecho de Sociedades. N° 28. 2007. Madrid.
2. Candelario Macías, M. & Rodríguez Grillo, L. (2004). *Responsabilidad de los administradores de los grupos de sociedades*. En: Revista de Derecho de Sociedades. N° 164- año 15. Mayo. Madrid.
3. Grupo De Investigación De Ius Et Veritas. (2003). *Norma VIII ¿Principio de legalidad o fraude a la ley*. En: Revista IUS ET VERITAS, N° 27, Año XIII, Diciembre, Lima, 2003
4. Hundskopf Exebio, O. (2009). *Aplicación de la figura del levantamiento del velo societario*. En: Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Vol. 14. N° 126. Marzo de 2009
5. Mezquita del Cacho, J. (2003). *Un defecto perverso en la normativa sobre inscripción de los ceses de administradores de sociedades de capital*. En: Revista de derecho privado. Año N° 87. Ene-Feb.
6. Perdices Huetos, A. (2002). *Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001*. Revista de Derecho Societario. N° 108.
7. Suarez-Llanos Gómez, L. (1962). *Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles*. En: Revista de derecho mercantil. N° 85. Julio- Septiembre. Madrid.
8. Trazegnies Grande, F. (2005). *El rasgado del velo societario dentro del arbitraje*. En: Ius et Veritas, Año XIV, N° 29, Lima.

PAGINAS WEB

1. Casado, B. (2013). *La doctrina del levantamiento del velo societario*. Recuperado de: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4827-la-doctrina-del-levantamiento-del-velo/>
2. Chang Yong, C. *La responsabilidad de los accionistas por deudas tributarias: El levantamiento del velo societario en el Derecho Tributario*. Recuperado de: http://www.ipdt.org/editor/docs/06_IXJorIPDT_CCHY.pdf
3. Lamagrande, A. *Evasión Fiscal: Algunos modelos que intentan su explicación*. Recuperado de: <http://200.69.2.4/websam%5Caaef%5Caaefportal.nsf/Doctrina%20x%20T%C3%ADtul o/1C428A7E6716C7C703256D6C007EEE0A?opendocument>
4. Pérez Burelli & Calzadilla, C. (2009), *La defraudación tributaria*. Recuperado de: <http://www.perezcalzadilla.com/comentarios.aspx?idmateria=1&idpublicacion=99>.

5. Real Academia de la Lengua. (2012). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado de: <http://lema.rae.es>
6. Rezzoagli, B. *Ilícito Tributarios: Diferenciación entre evasión, defraudación y elusión fiscal*. Recuperado de: http://www.derecho.duad.unam.mx/amicuscuriae/descargas/10_feb_09/ILICITOSpdf.pdf
7. Ríos Corbacho, J. *La expresión “administrador de hecho y de derecho” en los delitos societarios: supuestos controvertidos*. Recuperado de: <http://arapajoe.es/poenalis/administrador.htm>
8. Rodríguez, C. (2011). *Consecuencias de la evasión y elusión fiscal en la economía nacional venezolana*. Recuperado de: <http://tutributo.blogspot.com/2011/04/consecuencias-de-la-evasion-yelusion.html>.

ANEXOS

ANEXO N° 1
ENTREVISTA

ENTREVISTA

Con relación a la figura denominada administrador de hecho o responsable de hecho, mucho le agradeceremos contestar las siguientes interrogantes:

1. *¿Qué definición puede darnos usted de la figura jurídica denominada “responsable de hecho” o “administrador de hecho”?*

2. *¿Considera usted que la figura antes mencionada, debe ser regulada en nuestra Ley General de Sociedades?*

3. *Para usted, ¿Cuáles serían los principales beneficios que traería la incorporación del responsable de hecho en nuestra legislación societaria?*

-
-
-
-
-
4. *Considera usted que una adecuada regulación de la figura del responsable de hecho; permitirá que la doctrina del Decaimiento de la Personalidad Jurídica pueda ser empleada con mayor frecuencia, con el objeto de impedir que los administradores de hecho puedan realizar actividades ilícitas utilizando para ello la sociedad mercantil?*

ANEXO N° 2

PROPUESTA LEGISLATIVA

PROPUESTA NORMATIVA

SUMILLA: Proyecto de ley que modificada el artículo 6° de la Ley General de Sociedades e incorpora los artículos 152°-B y 152°-C de la Ley General de Sociedades y modifica el artículo 78° del Código Civil

PROYECTO DE LEY

GERSON GONZALO NÚÑEZ LEÓN, ciudadano peruano con DNI N° 41503698 ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que confiere el Artículo 207° de la Constitución, presenta el siguiente proyecto de Ley:

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICADA EL ARTÍCULO 6° DE LA LEY
GENERAL DE SOCIEDADES E INCORPORA LOS ARTÍCULOS 152°-B Y
152°-C DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y MODIFICA EL
ARTÍCULO 78° DEL CÓDIGO CIVIL**

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Se presenta cada vez más, en el mundo moderno, el caso de relaciones económicas en las que las partes están organizadas a su vez por redes de relaciones.

Ante ello, se pueden encontrar ciertas circunstancias, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, en el que un grupo económico extranjero obtiene la buena pro para desarrollar una obra dentro de las fronteras de un determinado Estado, para lo cual emplea una u otra de las empresas que integran el grupo y sucede que el dueño de la obra puede intentar reclamar por defectos en ella contra la más importante de las empresas de ese grupo empresarial aunque no haya participado o haya tenido una participación sólo incidental en la obra, debido a que la empresa que ejecuto directamente la obra cuenta con un patrimonio reducido.

Las relaciones financieras asumen también en algunos casos formas muy complejas en las que intervienen muchas personas jurídicas de una y otra parte; y puede suceder que los accionistas de una sociedad invoquen el convenio arbitral estatutario para demandar a otras compañías del grupo mayoritario y reclamar sobre el patrimonio social que, a través de una red de subsidiarias, pretenden que les habría sido quitado. (DE TRAZEGNIES, 2004)

En tal la situación descrita anteriormente, **DE TRAZEGNIES** (2004), señala que los juristas, los jueces y los árbitros se interrogan sobre la posibilidad de responsabilizar a todas las compañías de un grupo económico por los actos de una de ellas o, contrariamente, si una de las compañías del grupo tiene derechos para exigir a la contraparte contractual aunque no sea ella quien firmó el contrato.

Del mismo modo, podemos mencionar que en nuestro país se han presentado diversos casos en los cuales los administradores de una sociedad (Director y/o Gerente), quienes se encuentran debidamente inscritos en el registro de personas jurídicas para ejercer tal función, no son los que toman las decisiones dentro de la sociedad; sino que dichas funciones son realizadas por un tercero, el cual tiene el control absoluto de la sociedad e inclusive de los denominados grupos societario o

empresariales. A esta persona – que se encuentra tras bambalinas- se le denomina administrador de hecho.

Para definir al administrador de hecho, nos vamos remitir a la distinción realizada por la Sentencia del Tribunal Supremo Español, STS Nº 816/2006 de 26 de julio, Sala de lo Penal (RJ 2006/7317), la cual nos presenta una definición de administrador de derecho y de hecho respectivamente, señalando lo siguiente:

- Por administradores de derecho *“se entiende en cada sociedad los que administran en virtud de un título jurídicamente válido y en la sociedad anónima los nombrados por la Junta General (artículo 123 de la LSA; art. 214 del Real Decreto Legislativo 1/2010 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital a partir del 1 de septiembre de 2010) o, en general, los que pertenezcan al órgano de administración de la Sociedad inscrita en el Registro Mercantil”*.
- Los administradores de hecho *“serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extrapenales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra”*.

Por lo expuesto en las líneas precedentes, se aprecia que la figura del administrador de hecho se le suponen los mismos instrumentos de acción o actividad en el seno de la empresa o sociedad en los que, a pesar de estar privado de un estricto reconocimiento legal en el que inevitablemente se enmarca el administrador de derecho, ejercita idéntico poder de decisión que este (MODELO, 2013, p. 17). La doctrina se decanta en la matización del concepto de administrador de facto como aquél que tiene el verdadero dominio del hecho, atendiendo a la realidad material del poder de dirección de la empresa, y no a sus resortes de inscripción y habilitación legal, aquel que tiene el dominio del acontecimiento, el verdadero propietario de la empresa, el sujeto que está detrás del testaferro y que dispone –

desde la perspectiva penal- de la consumación del delito, siendo, en definitiva el *“señor del hecho”*.

En este sentido, como muy bien matiza **ORTIZ DE URBINA GIMENO** (2010, p. 53), debe atenderse al *“poder fáctico de dirección de la empresa, y no sólo de ejecución de la gestión: persona que ejerza un “cargo directivo” (o “posición directiva”, o “posición de mando”) en la persona jurídica “basada en un poder de representación de la persona jurídica, una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica”*.

Ante tal interrogante, la doctrina y la jurisprudencia ha desarrollado en los últimos treinta años la teoría del decaimiento de la persona jurídica, con la cual es posible el *“decaimiento de la personalidad jurídica ”* y tomar en cuenta las relaciones que existen detrás de la forma de persona jurídica independiente que ostenta la sociedad directamente contratante.

A fin de poder frenar el control y el manejo que realizan, los denominados administradores de hecho, de la sociedad mercantil o de los grupos empresariales; algunos países han considerado emplear el denominado *“decaimiento de la personalidad jurídica”*, el cual es una institución 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 mediante algún tipo de contrato. (DE TRAZEGNIES, 2004). Para llegar a ese punto, se ha creado la teoría del *“grupo de sociedades”* que permite ver el conjunto de los intereses y relaciones económicas reales que existen detrás de la forma societaria. En ese sentido, lo que nos permite el decaimiento de la personalidad jurídica es despojar a la persona jurídica de su vestidura formal para comprobar qué es lo que bajo esa vestidura se halla.

En ese orden de ideas, la figura en mención permite ver el manejo interno que existe en la sociedad; pues, existe una serie de sujetos los cuales son responsables tras la aplicación de la doctrina del decaimiento de la personalidad jurídica. Así

pues, tenemos a los gerentes y directivos los cuales son administradores de derecho, como también tenemos a los administradores de hecho, los mismos que controlan y gestionan la sociedad.

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, consideramos necesaria la regulación de la figura de administrador de hecho en nuestro texto societario, por cuanto permitiría obviar la impunidad en la que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, por lo que el presente trabajo de investigación busca determinar si resulta necesaria la regulación del responsable en la sociedad mercantil.

2. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente norma, pretende realizar algunas modificaciones tanto en nuestra ley societaria, como en el código civil, a fin de cautelar los derechos de los socios, y terceros que se ven perjudicado por el actuar ilícito de socios, administradores de hechos o de derecho, que buscan un beneficio económico para ellos o para terceros.

3. COSTO Y BENEFICIO

La presente norma no irroga gasto alguno al erario nacional, sino más bien coadyuva a proteger el uso adecuado de los recursos informáticos de comunicación que se pone a disposición de sus trabajadores. Similar situación se produce en el ámbito privado.

4. PROPUESTA NORMATIVA **FORMULA LEGAL**

El Congreso de la Republica

Ha dado la Ley Siguiete:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICADA EL ARTÍCULO 6° DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES E INCORPORA LOS ARTÍCULOS 152°-B Y 152°-C DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y MODIFICA EL ARTÍCULO 78° DEL CÓDIGO CIVIL

ARTÍCULO 1°.- Objeto de la Ley

El objeto de la Ley es modificar el artículo 6° de la Ley General de Sociedades y el artículo 78° del Código Civil. Asimismo, la presente ley busca incorporar los artículos 152° -B y 152°-C de la Ley General de Sociedades, referidos a la figura del responsable de hecho.

ARTÍCULO 2°.- Modificación del artículo 6° de la Ley General de Sociedades

Modifíquese el artículo 6° de la Ley General de Sociedades cuyo tenor será el siguiente:

<u>Artículo 6° - Lev N° 26887</u>	<u>Artículo 6° - Lev N° 26887</u>
<u>-Redacción Actual-</u>	<u>-Redacción con la modificatoria-</u>
<i>La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción.</i>	<i>La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción.</i>
	<i><u>Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, siempre y cuando los socios, directivos, administradores de hecho y de derecho empleen ésta para el fraude a la ley, para la violación del orden público o la buena fe o para frustrar derechos de socios, accionistas, o terceros. Para ello se deberá de probar de manera irrefutable, la efectiva utilización de la sociedad como instrumento legal para alcanzar los fines.</u></i>

ARTÍCULO 3°.- Incorporación de los artículos 152°-A y 152°-B de la Ley General de Sociedades

Incorpórese los artículos 152°-B y 152°-C de la Ley General de Sociedades cuyo tenor será el siguiente:

Artículo 152° -B - Ley N° 26887
Del administrador de hecho

Son administradores de hecho, aquella persona natural o jurídica que sin estar investidos formalmente de la condición de administradores de derecho, llevan a cabo la gestión efectiva de la sociedad, de forma autónoma e independiente, participando activamente en el desarrollo y formación de la voluntad social.

Artículo 152° -C - Ley N° 26887
Responsabilidad de los administradores de hecho

Asimismo, son solidariamente responsables, los administradores de hecho y de derecho, que hubieran obrado con dolo, abuso de facultades o negligencia grave, a fin de obtener un beneficio económico para sí o para otro en perjuicio de la sociedad, los accionistas y/o terceros.

ARTÍCULO 4°.- Modificación del artículo 78° del Código Civil

Modifíquese el artículo 78° del Código Civil cuyo tenor será el siguiente:

<u>Artículo 78° del Código Civil</u> <u>-Redacción Actual-</u>	<u>Artículo 78° del Código Civil</u> <u>-Redacción con la modificatoria-</u>
<i>La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tiene derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.</i>	<i><u>Las personas jurídicas son explícitamente centros unitarios de imputación de derechos y deberes distintos de sus miembros.</u></i> <i><u>Los socios, directivos, administradores de derecho y de hecho no tienen derecho alguno al patrimonio, ni mucho se encuentran en la obligación de satisfacer las deudas de la sociedad.</u></i> <i><u>En este último caso, siempre que el desempeño de cada uno de ellos se haya efectuado con profesionalismo, responsabilidad, que incluye lo social y ético.</u></i>