

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

**EL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHO EN LA
INFRACAPITALIZACIÓN Y EL CAPITAL ASOCIATIVO DE
LA PERSONA JURÍDICA EN EL ESTADO PERUANO**

Para optar : El título profesional de abogada

Autores : Bach. Canchanya Huaman Diana
: Bach. Gomez Quispe Maria Elizabeth

Asesor : Mg. Vivanco Vasquez Hector Arturo

Línea de investigación : Desarrollo humano y derechos
institucional

Área de investigación : Ciencias Sociales

Fecha de inicio y : 14-01-2022 a 14-01-2023
de culminación

**HUANCAYO – PERÚ
2024**

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

MG. GUTIERREZ PEREZ AUGUSTO BENJAMIN

Docente Revisor Titular 1

ABG. BRAVO CONTRERAS JACOB ELIAS

Docente Revisor Titular 2

MG. NUÑEZ FUENTES VICTOR ALBERTO

Docente Revisor Titular 3

MG. HUAMAN ROJAS JESUS JORGE

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

“A nuestros familiares que nos apoyaron en alcanzar nuestros objetivos”.

AGRADECIMIENTO

“A la Universidad Peruana Los Andes y a los docentes de la Facultad de Derecho, por habernos orientado en nuestra formación académica”.

CONSTANCIA DE SIMILITUD



NUEVOS TIEMPOS
NUEVOS DESAFIOS
NUEVOS COMPROMISOS

CONSTANCIA DE SIMILITUD

N ° 0060-FDCP -2023

La Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones, hace constar mediante la presente, que la **Tesis** Titulada:

EL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHO EN LA INFRACAPITALIZACIÓN Y EL CAPITAL ASOCIATIVO DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ESTADO PERUANO

Con la siguiente información:

Con Autor(es) : **Bach. CANCHANYA HUAMAN DIANA**
Bach. GOMEZ QUISPE MARIA ELIZABETH

Facultad : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Escuela profesional : **DERECHO**

Asesor(a) : **Mg. VIVANCO VASQUEZ HECTOR ARTURO**

Fue analizado con fecha **13/10/2023** con el Software de Prevención de Plagio (Turnitin); y con la siguiente configuración:

Excluye Bibliografía.

Excluye Citas.

Excluye Cadenas hasta 20 palabras.

Otro criterio (especificar)

El documento presenta un porcentaje de similitud de **28 %**.

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecidos en el artículo N° 11 del Reglamento de Uso de Software de Prevención de Plagio. Se declara, que el trabajo de investigación: ***Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.***

Observaciones:

En señal de conformidad y verificación se firma y sella la presente constancia.

Huancayo, 13 de octubre de 2023.



MTRA. LIZET DORIELA MANTARI MINCANI
JEFA

Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones

CONTENIDO

Hoja de jurados revisores.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Constancia de similitud.....	v
Contenido.....	vi
Resumen.....	xi
Abstract.....	xii
Introducción.....	xiii

CAPÍTULO I:

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática.....	16
1.2. Delimitación del problema.....	18
1.2.1. Delimitación espacial.....	18
1.2.2. Delimitación temporal.....	18
1.2.3. Delimitación conceptual.....	19
1.3. Formulación del problema.....	19
1.3.1. Problema general.....	19
1.3.2. Problemas específicos.....	19
1.4. Justificación de la investigación.....	19
1.4.1. Justificación Social.....	19
1.4.2. Justificación Teórica.....	20
1.4.3. Justificación Metodológica.....	20
1.5. Objetivos de la Investigación.....	21
1.5.1. Objetivo General.....	21
1.5.2. Objetivos Específicos.....	21
1.6. Supuestos de la investigación.....	21
1.6.1. Supuesto General.....	21
1.6.2. Supuestos Específicos.....	21
1.6.3. Operacionalización de Categorías.....	22
1.7. Propósito de la investigación.....	23
1.8. Importancia de la investigación.....	24
1.9. Limitaciones de la investigación.....	24

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación	25
2.1.1. Nacionales.	25
2.1.2. Internacionales.....	30
2.2. Bases teóricas de la investigación.....	35
2.2.1. El ejercicio abusivo de derecho de la infracapitalización.	35
2.2.1.1. <i>Antecedentes históricos.</i>	36
2.2.1.2. <i>Definición de abuso de derecho.</i>	37
2.2.1.3. <i>Naturaleza jurídica.</i>	39
2.2.1.4. <i>Tesis del abuso de derecho.</i>	40
2.2.1.4.1. <i>Tesis Negativa.</i>	40
2.2.1.4.2. <i>tesis Positiva.</i>	42
2.2.1.4.2. <i>Criterio Mixto.</i>	43
2.2.1.5. <i>Fundamento constitucional del abuso de derecho.</i>	43
2.2.1.6. <i>Consecuencias del ejercicio abusivo de derecho.</i>	45
2.2.1.7. <i>Abuso de las vías procesales.</i>	47
2.2.1.7.1. <i>Definición de abuso procesal.</i>	47
2.2.1.7.2. <i>Principio de la buena fe</i>	48
2.2.1.7.3. <i>Naturaleza jurídica.</i>	50
2.2.1.7.4. <i>Modalidades.</i>	50
2.2.1.7.5. <i>Consecuencias de la conducta abusiva en el proceso.</i>	51
2.2.1.8. <i>La teoría general del abuso de derecho.</i>	52
2.2.1.8.1. <i>El derecho subjetivo y sus teorías.</i>	53
2.2.1.8.2. <i>El derecho subjetivo antisocial.</i>	55
2.2.1.9. <i>El abuso de derecho en la persona jurídica.</i>	56
2.2.1.10. <i>La infracapitalización de la persona jurídica.</i>	57
2.2.1.10.1. <i>Infracapitalización material.</i>	58
2.2.1.10.2. <i>Infracapitalización nominal.</i>	59
2.2.1.11. <i>Incumplimiento del respeto de intereses ajenos.</i>	61
2.2.1.12. <i>Distinción entre fraude a la ley y ejercicio abusivo de derecho.</i>	62
2.2.1.13. <i>Teoría del levantamiento del velo societario.</i>	63
2.2.2. El capital asociativo de las personas jurídicas.....	65
2.2.2.1. <i>La legislación societaria en el Perú.</i>	65
2.2.2.1.1. <i>Historia legislativa.</i>	65
2.2.2.1.2. <i>Apreciación crítica.</i>	66

2.2.2.1.3. <i>Innovaciones significativas</i>	66
2.2.2.1.3.1. <i>El derecho de separación</i>	66
2.2.2.1.3.2. <i>Los estados financieros</i>	67
2.2.2.1.3.3. <i>El dividendo obligatorio</i>	67
2.2.2.1.4. <i>La sociedad anónima cerrada</i>	68
2.2.2.1.5. <i>La sociedad anónima abierta</i>	69
2.2.2.1.6. <i>Las sucursales</i>	69
2.2.2.2. <i>La sociedad de un solo socio</i>	69
2.2.2.3. <i>La junta general de socios</i>	71
2.2.2.3.1. <i>La organización corporativa societaria de gobierno</i>	71
2.2.2.3.1.1. <i>La junta general de socios</i>	71
2.2.2.3.1.2. <i>El directorio</i>	72
2.2.2.3.1.3. <i>La gerencia</i>	73
2.2.2.3.2. <i>Los inversionistas según la teoría de los grupos de interés</i>	73
2.2.2.3.2.1. <i>Los inversionistas mayoritarios</i>	74
2.2.2.3.2.2. <i>Los inversionistas minoritarios</i>	74
2.2.2.3.2.3. <i>Los inversionistas institucionales</i>	75
2.2.2.3.3. <i>La junta general de socios en la legislación societaria</i>	75
2.2.2.4. <i>La reducción del capital social</i>	76
2.2.2.4.1. <i>Los efectos de la adquisición por la sociedad de sus propias acciones</i>	76
2.2.2.4.2. <i>Efectos del ejercicio del derecho de separación respecto al capital social</i>	78
2.2.2.4.3. <i>Los efectos del ejercicio del derecho de oposición respecto al capital social</i>	80
2.2.2.5. <i>Alternativas de organización societaria</i>	80
2.2.2.5.1. <i>La sociedad anónima ordinaria</i>	81
2.2.2.5.2. <i>La sociedad anónima cerrada</i>	81
2.2.2.5.3. <i>La sociedad anónima abierta</i>	82
2.2.2.5.4. <i>La sociedad colectiva</i>	82
2.2.2.5.5. <i>La sociedad en comandita simple</i>	82
2.2.2.5.6. <i>La sociedad en comandita por acciones</i>	83
2.2.2.5.7. <i>La sociedad comercial de responsabilidad limitada</i>	83
2.2.2.5.8. <i>La sociedad civil ordinaria</i>	83
2.2.2.5.9. <i>La sociedad civil de responsabilidad limitada</i>	84
2.2.2.6. <i>Jurisprudencia societaria</i>	85
2.2.3. <i>Marco conceptual</i>	90

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica.....	93
3.2. Metodología.....	96
3.3. Diseño metodológico.....	99
3.3.1. Trayectoria del estudio.....	99
3.3.2. Escenario de estudio.....	100
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	100
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	101
3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.....	101
3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.....	101
3.3.5. Tratamiento de la información.....	102
3.3.6. Rigor científico.....	103
3.3.7. Consideraciones éticas.....	104

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados.....	105
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del primer objetivo específico.....	105
4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del segundo objetivo específico.....	109
4.2. Contrastación de los supuestos.....	112
4.2.1. La Contrastación del primer supuesto específico.....	112
4.2.2. Contrastación del segundo supuesto específico.....	115
4.2.3. Contrastación del supuesto general.....	118
4.3. Discusión de los resultados.....	120
4.4. Propuesta de mejora.....	125
4.4.1. PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN.....	126
CONCLUSIONES.....	130
RECOMENDACIONES.....	131
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	132
ANEXOS.....	137
Anexo 1: Matriz de consistencia.....	138
Anexo 2: Matriz de Operacionalización de categorías.....	139
Anexo 3: Matriz de Operacionalización del instrumento (Sólo para el enfoque cualitativo empírico).....	139
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos.....	139

Anexo 5 hasta el 10: (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)	141
Anexo 11: Declaración de autoría.....	142

RESUMEN

La presente investigación tiene como **problema general** ¿De qué manera el ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano?, tema que se plantea debido a que las empresas asociativas al aplicar la infracapitalización pueden generar ejercicio abusivo de derecho a terceras personas, por ello es que se ha planteado como **objetivo general**: Determinar de qué manera el ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano, por consiguiente se ha formulado el **supuesto general** de la siguiente manera: El ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano; en ese orden de ideas, como metodología se aplicará el enfoque metodológico a través de una investigación de enfoque cualitativo teórico con tipología de corte propositivo, a fin de analizar de forma interpretativa el artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 publicada el 09 de diciembre de 1997, referido a que cada socio está obligado por lo que se haya comprometido a aportar, es decir, no existe un monto mínimo para constituir una sociedad, por lo que de mala fe aplican la infracapitalización, en perjuicio de terceros, en ese contexto, el instrumento de recolección de datos, se llevará a través de la técnica del fichaje, mediante fichas textuales y de resumen; asimismo, para el procesamiento y análisis de datos se aplicará la argumentación jurídica con la finalidad de fundamentar el verdadero sentido de la infracapitalización, que se traduce en la reducción del capital que aplica la persona jurídica y determinar su problemática en relación con el ejercicio abusivo del derecho.

Palabras Claves: Ejercicio abusivo de derecho, infracapitalización, capital asociativo, persona jurídica, empresa asociativa, persona jurídica, reducción de capital, fraude a la ley.

ABSTRACT

The present investigation has as a general problem: How does the abusive exercise of law in undercapitalization influence the associative capital of the legal entity in the Peruvian State?, an issue that arises because associative companies, when applying undercapitalization, can generate abusive exercise of right to third parties, that is why it has been raised as a general objective: Determine how the abusive exercise of right in undercapitalization influences the associative capital of the legal person in the Peruvian State, therefore it has been formulated the general assumption as follows: The abusive exercise of law in undercapitalization negatively influences the associative capital of the legal person in the Peruvian State; In that order of ideas, as a methodology, the methodological approach will be applied through an investigation of a theoretical qualitative approach with a propositional typology, in order to interpretively analyze article 22 of the General Law of Companies, Law No. 26887 published on December 9, 1997, referring to the fact that each partner is obliged by what they have agreed to contribute, that is, there is no minimum amount to establish a company, so they apply undercapitalization in bad faith, to the detriment of third parties In this context, the data collection instrument will be carried out through the recording technique, through textual and summary files; Likewise, for the processing and analysis of data, the legal argumentation will be applied in order to substantiate the true meaning of undercapitalization, which translates into the reduction of the capital applied by the legal entity and determine its problems in relation to the abusive exercise of the law.

Keywords: Abusive exercise of law, undercapitalization, associative capital, legal person, associative company, legal person, reduction of capital, fraud of the law.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación denominada “El ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización y el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano”, tuvo como propósito analizar de forma exegética el artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, a fin de determinar si existe en nuestra legislación societaria el mecanismo necesario que impida el fenómeno jurídico de la infracapitalización.

En mérito a la libertad de empresa, los ciudadanos pueden constituir diferentes tipos de empresas societarias, ya sea como personas naturales o jurídicas, con respecto a la persona jurídica, a través de sociedades de capital, en la medida que los ciudadanos que la conforman mantienen a su favor una responsabilidad limitada, entregando el aporte del capital para activar el desarrollo de su funcionamiento, siendo el capital social el elemento fundamental para dar inicio a dichas empresas.

La infracapitalización, se genera por el insuficiente capital que aportan los socios, para el desarrollo de sus actividades, establecido en su objeto social, de esa manera al mantener un capital social irrisorio, la sociedad no cumple con sus obligaciones frente a sus acreedores o a terceros con derechos frente a la sociedad. Este fenómeno, se evidencia de diferentes maneras desde un inicio y de forma sobrevenida, basta realizar una comparación entre las cantidades contables de los propios recursos de la sociedad y los recursos de terceros o ajenos, en el que exista una desproporción que perjudique a los terceros; generándose una desprotección de los acreedores de dicha sociedad, debido a que los socios de mala fe, hacen ejercicio abusivo de derecho, respecto al aporte del capital social y a la responsabilidad limitada que le otorga la ley, pretendiendo que el capital social irrisorio, cubra el riesgo del perjudicado.

La infracapitalización puede ser nominal cuando los socios aportan recursos, pero no como aporte de capital, sino por medio de préstamos que ellos mismos realizan a la sociedad, convirtiéndose de esa manera en acreedores de su propia sociedad, con ventaja a los demás

acreedores, ya que el artículo 42.2 de la Ley General del Sistema Concursal otorga el orden de preferencia de créditos; primero, a los acreedores respecto a las deudas por concepto de capital.

Por otro lado, existe la infracapitalización material, que se presenta cuando el capital aportado por los socios es insuficiente para desarrollar una actividad determinada en el objeto social. La insuficiencia de capital, puede ser por el cambio en las condiciones del mercado o la propia gestión de la sociedad que genera desproporción, desplazando el riesgo del negocio hacia los acreedores, y en donde se puede evidenciar el ejercicio abusivo del derecho al ampararse al privilegio de la responsabilidad limitada, este tipo de infracapitalización se evidencia al inicio de su constitución o en el transcurso como ya se mencionó.

El fenómeno de la infracapitalización, se debe a que en la legislación societaria de nuestro país no se establece la exigencia de un capital mínimo como monto patrimonial para la constitución de las sociedades de capital, si bien es cierto, el artículo 22 en concordancia con el artículo 23, 25, 54 y 57 de la Ley General de Sociedades vigente, que prescribe: “cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. (...)”, como se puede advertir en lo que se refiere a los aportes, la mencionada ley no exige un capital mínimo para la constitución de la sociedad de capital, eso depende de los socios que, cuando actúan de mala fe, realizan actos que conllevan a la infracapitalización y sus clases antes indicadas, por lo que es necesario proponer mecanismos de solución orientados a la autonomía de libertad de los acreedores, a través de contratos con garantías reales o personales, y, en la incorporación de la ley societaria de fijar un monto mínimo de capital para la constitución de sociedad de capital, que asegure el desarrollo normal de la actividad empresarial de la sociedad. De esta manera, se otorga seguridad jurídica a los ciudadanos que optan o integran una sociedad en calidad de accionistas o acreedores, para que a través de la ley se pueda levantar el velo societario, desconociendo la personalidad jurídica y su autonomía, que conduce a indagar los fines de la mala fe y sancionar a los culpables del perjuicio ocasionado contra terceros.

En el Capítulo I, dedicado a la determinación del problema, se desarrolla la descripción de la realidad problemática; la delimitación y formulación del problema; la justificación, objetivos y supuestos de la investigación; asimismo, el propósito, importancia y limitaciones de la investigación.

En el Capítulo II, referido al marco teórico, se desarrollan los antecedentes y bases teóricas de la investigación y el marco conceptual, en el que se consideró a los trabajos de investigación de las tesis que se presentaron en las universidades nacionales e internacionales, que mantienen relación con nuestro trabajo de investigación; asimismo, se analizaron los temas y subtemas de las categorías de la presente investigación, con la aplicación de la hermenéutica jurídica, y finalmente se conceptualizó los principales conceptos que orientan a las categorías de las conductas del delito de discriminación y la argumentación jurídica.

En el Capítulo III, denominado metodología, se desarrolla el enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica; la metodología y el diseño metodológico, mediante el cual se precisó que el presente trabajo de investigación es de un enfoque cualitativo teórico, mediante una investigación teórico jurídica con tipología de corte propositivo, a través de una interpretación exegética del “artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, cuyo análisis nos permitió desarrollar el Capítulo IV.

En el Capítulo IV referido a los resultados, se analizó y desarrolló la descripción de los resultados, contrastación de los supuestos, discusión de resultados y propuesta de mejora, cuyo análisis y argumentos nos permitieron arribar a las conclusiones y recomendaciones, producto de la presente investigación, cumpliendo con las referencias bibliográficas, los anexos y sus respectivas matrices, instrumentos y documentos.

Esperamos que el presente trabajo de investigación, brinde el alcance académico y comprensión del problema planteado, para posteriores investigaciones jurídicas.

CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

El presente proyecto de investigación tiene como propósito analizar, la razón por que las empresas asociativas de nuestro país, hacen uso frecuente de la persona jurídica con el que pueden evadir obligaciones contractuales, extracontractuales y legales; en ese contexto, el ordenamiento normativo, establece reglas particulares e independientes, por lo que las consecuencias jurídicas se aplican de diferente manera a los miembros que la integran. Por esta razón, es necesario evitar que las empresas u organizaciones asociativas sigan siendo usadas de mala fe, como un mecanismo para cometer actos antijurídicos a favor de sus integrantes, en este caso, mediante la infracapitalización y perjudicando a terceros.

Se debe tener en cuenta que, en la actualidad, se puede constituir una persona jurídica y que ésta puede realizar actos de manera fraudulenta o abusiva, la misma que se encubre por la diferencia subjetiva entre la empresa asociativa y sus miembros, es decir, el hermetismo que contiene la persona jurídica, ofrece ventaja cuando se separan los patrimonios de ambos.

Se debe mencionar que, las personas que de mala fe conforman una sociedad, se escudan en la responsabilidad limitada, con la que cuentan y es por eso que realizan actos maliciosos en favor de su propio interés, por ejemplo, aplican la infracapitalización, que permite el artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, publicada el 09/12/1997,

en la conformación de grupos económicos con ventajas, confusiones patrimoniales y otras formas de surgimiento de fraude contra terceros.

Es en este ámbito, se ha detectado un problema para la jurisprudencia, y que algunos de sus operadores jurídicos, se han visto obligados en aplicar principios jurídicos generales contra los fraudes y abusos que se comete mediante la persona jurídica, donde se destaca la creatividad de los juzgadores al desestimar características en que se evidencian los fraudes y abusos, por ejemplo, en la separación subjetiva y patrimonial entre sus miembros.

Es por ello que, en la presente investigación se propondrá la implementación de un mecanismo concreto con el que se pueda detectar y combatir el ejercicio abusivo de derecho que realizan aquellos socios de empresas de capital que, actualmente mantienen un régimen de responsabilidad limitada, y que realizan actos antijurídicos contra terceros y contra el ordenamiento normativo.

Esta forma de contravenir el derecho de terceros, puede ser utilizado por cualquier tipo de organización colectiva, que manipulando el verdadero espíritu que tiene la persona jurídica con legítimas finalidades y que permiten su existencia como una verdadera institución del derecho, sea utilizada por el inversionista de mala fe en contra los otros miembros de la sociedad. Es por ello que, el ordenamiento societario debe tener como objetivo, la protección a los ciudadanos, de aquellos actos antijurídicos que se puedan realizar de mala fe y con fraude, por una institución colectiva con responsabilidad limitada y que aplica la infracapitalización para obtener sendos beneficios a través de actos contra terceros y contra la ley.

La presente problemática, debe ser superada, aplicando los principios generales y fundamentales a través de otras figuras jurídicas o mecanismos, ya que esa es la misión no solo del derecho sino de sus operadores jurídicos, es decir, regular los hechos que surgen en una determinada realidad existencial y para ello, se deben crear soluciones para dichos problemas, determinando en qué casos no serían aplicables algunas características atribuidas a una

organización colectiva, como por ejemplo, la separación subjetiva y patrimonial entre los miembros de la persona jurídica y ésta.

Para dar solución al problema detectado, se analizará si corresponde o no modificar el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, si corresponde aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario, a fin de determinar en qué situaciones se podría aplicar y qué consecuencias desataría ya que, desde nuestro punto de vista, vendría a ser una solución a los fraudes y abusos que se cometen por medio de la persona jurídica, presentando un proyecto para la modificación de una parte de la legislación sobre la materia.

Además, plantearemos en el presente trabajo de investigación, la incorporación normativa de instrumentos que obliguen a las personas jurídicas que cuenten con un patrimonio mínimo, de acuerdo a la actividad que van a desarrollar según su objeto social, a fin de respaldar el desarrollo de dicha actividad y otorgar seguridad jurídica de aquellos terceros que se relacionan comercialmente con estas empresas; finalmente, con el presente proyecto de investigación se espera una nueva visión jurídica en la aplicación del levantamiento del velo societario, para aplicarlo en nuestro ordenamiento, con lo que se espera un aporte a la comunidad jurídica.

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial.

La investigación se llevará a cabo en el ámbito espacial destinado al ordenamiento normativo del Perú, en lo que corresponde a la legislación societaria vigente, en el que se vienen generando abusos y fraudes que son cometidos por los distintos tipos de organización de la persona jurídica, afectando los intereses de terceros que forman parte de nuestro territorio.

1.2.2. Delimitación temporal.

La presente investigación, se llevará a cabo durante el año 2022, mientras se mantuvo vigente la “Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 publicada el 09 de diciembre de 1997”,

la misma que a través de su aplicación genera el ejercicio abusivo de derecho al mantener capital social irrisorio, denominado infracapitalización.

1.2.3. Delimitación conceptual.

La delimitación conceptual se encuentra en la variable el ejercicio abusivo de derecho de infracapitalización y la variable el capital asociativo de las personas jurídicas, así como el derecho subjetivo antisocial y el capital asociativo de la solidaridad social de obligaciones referidas a sus temas y subtemas, como conceptos que conforman el presente trabajo de investigación, destacando entre ellos el ejercicio abusivo de derecho, infracapitalización, la buena fe patrimonial, entre otros.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general.

- ¿De qué manera el ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano?

1.3.2. Problemas específicos.

- ¿De qué manera el derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano?
- ¿De qué manera el incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en la buena fe patrimonial en el Estado peruano?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación Social.

El presente trabajo de investigación brindará utilidad y beneficio a las personas o terceros que bajo deferentes circunstancias llegan a ser acreedores de un tipo de sociedad comercial que al ser constituida por una persona jurídica dirigida por socios de mala fe, que

llegado un determinado momento aplican la infracapitalización perjudicando a terceros que de buena fe mantienen relaciones con la sociedad, pero fundamentalmente a los acreedores que confiaron en la buena fe de la persona jurídica, es por ello que se propondrá mecanismos para evitar abusos y fraudes a la sociedad en general.

1.4.2. Justificación Teórica.

El presente trabajo de investigación tiene como aporte fundamental a la dogmática societaria, en su categoría referida al capital social, los mecanismos para el cumplimiento de las funciones principales del capital social, que son el aseguramiento de la productividad y la garantía frente a los acreedores, evitando de esta manera la infracapitalización que afecta dichas funciones. Además, brinda como aporte la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario, que no existe en nuestro ordenamiento societario, pero que, en otros países como en España se vienen aplicando para evitar los abusos y fraudes cometidos por la persona jurídica; de manera que, se incrementará información importante sobre dicha teoría, en beneficio de la doctrina societaria.

1.4.3. Justificación Metodológica.

En el desarrollo del presente trabajo de investigación, de conformidad al enfoque metodológico, se aplicó el enfoque cualitativo teórico jurídico con una tipología de corte propositivo, aplicando la interpretación exegética para analizar el “artículo 22 de la Ley general de Sociedades, Ley N° 26887”, asimismo se aplicó como método específico el hermenéutico jurídico, con la finalidad de analizar la aplicación del ejercicio abusivo de derecho mediante la infracapitalización permitida por la Ley General de Sociedades antes indicada, con lo que se logrará interpretar de forma adecuada cada una de estas instituciones jurídicas que nos conducirán a cumplir con los objetivos de la investigación y contrastar las categorías planteadas mediante la argumentación jurídica racional de los supuestos, en la que se aplicará la técnica del fichaje a través de la fichas textuales y de resumen como instrumentos de análisis, para

luego, hacer uso del análisis documental como técnica de investigación, con lo se logra cumplir con el desarrollo de los resultados y la discusión de resultados, mediante la aplicación de la argumentación jurídica, la misma que evita las subjetividades que se pueda generar en la interpretación de las normas y los textos jurídicos especializados.

1.5. Objetivos de la Investigación

1.5.1. Objetivo General.

- Determinar de qué manera el ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano.

1.5.2. Objetivos Específicos.

- Determinar de qué manera el derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano.
- Determinar de qué manera el incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en la buena fe patrimonial en el Estado peruano.

1.6. Supuestos de la investigación

1.6.1. Supuesto General.

- El ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano.

1.6.2. Supuestos Específicos.

- El derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización incluye negativamente en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano.

- El incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la buena fe patrimonial en el Estado peruano.

1.6.3. Operacionalización de Categorías.

CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS	INDICADORES
El ejercicio abusivo de derecho de infracapitalización (Concepto jurídico número uno)	Derecho subjetivo antisocial	La tesis al mantener un enfoque cualitativo teórico, en el cual se debe analizar las propiedades de instituciones jurídicas a través de la interpretación jurídica, NO se aplicará instrumentos de recolección de datos EMPÍRICOS
	Incumplimiento del respeto de intereses ajenos	
El capital asociativo de la solidaridad social de obligaciones comerciales (Concepto jurídico número dos)	El capital asociativo de la solidaridad social de obligaciones comerciales	
	La buena fe patrimonial	

El concepto 1: “El ejercicio abusivo de derecho de infracapitalización”, con sus subcategorías se ha correlacionado con las subcategorías del concepto 2: “El capital asociativo de las personas jurídicas” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Subcategoría 1 (Derecho subjetivo antisocial) de la Categoría 1 (El ejercicio abusivo de derecho de infracapitalización) + Subcategoría 1 (El capital asociativo de la solidaridad social de obligaciones) de la Categoría 2 (El capital asociativo de las personas jurídicas).
- **Segunda pregunta específica:** Subcategoría 2 (Incumplimiento del respeto de intereses ajenos) de la Categoría 1 (El ejercicio abusivo de derecho de

infracapitalización) + Subcategoría 2 (La buena fe patrimonial) de la Categoría 2 (El capital asociativo de las personas jurídicas).

Se debe precisar que cada pregunta específica se encuentra debidamente formulada en la sección 1.3.2. del presente proyecto de tesis o en todo caso en la matriz de consistencia.

Finalmente, la pregunta general no viene a ser otra cosa que la relación entre la Categoría 1 (El ejercicio abusivo de derecho de infracapitalización) y la Categoría 2 (El capital asociativo de las personas jurídicas), por ello es que la pregunta general del presente proyecto de tesis es: ¿De qué manera el ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano?

1.7. Propósito de la investigación

El propósito del presente trabajo de investigación, es evitar que se siga cometiendo abusos y fraudes mediante la persona jurídica en la legislación de sociedades, para lo cual se brindarán los mecanismos necesarios para evitar estos actos antijurídicos, tomando en cuenta fundamentalmente el criterio para establecer el monto mínimo que deben aportar los socios para la constitución de una sociedad de capital y también la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario, los mismos que no se encuentran prescritos en la “Ley General de Sociedades vigente” y que, es de escasa aplicación en la jurisprudencia sobre la materia.

Además, otro propósito es de involucrar a los magistrados a fin de que puedan solucionar y evitar este tipo de problemas con la aplicación racional sobre la modificación que propone al “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente” y la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario a fin de sancionar la conducta de los socios de mala fe, que ya tiene resultado positivo en el derecho comparado y en la jurisprudencia extranjera, especialmente en España.

Por lo que será necesario, presentar un proyecto de ley para incluir los mecanismos correspondientes.

1.8. Importancia de la investigación

El presente trabajo de investigación es importante, ya que en la actualidad se viene incrementando en forma alarmante los abusos y fraudes que comete la persona jurídica a través del ejercicio abusivo de derecho, del “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente”, infracapitalizando el capital asociativo de los distintos tipos de asociación, en especial de aquellos que mantienen responsabilidad limitada y que ocasionan graves daños no solo a terceros que con buena fe integran la sociedad, sino también a los acreedores que con sus capitales logran el desarrollo de dichas empresas.

Es por ello, importante analizar en la parte correspondiente la “Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 publicada el 09 de diciembre de 1997” y que sigue vigente hasta la actualidad, la misma que no mantiene dentro de su contenido el criterio para un aporte mínimo que deban realizar los socios que quieran constituir una sociedad de capital, tampoco tiene dentro de su contenido una teoría importante que se aplica en el derecho comparado como es la teoría del levantamiento del velo asociativo, con lo que, se evitarían los abusos y fraudes que actualmente viene cometiendo la persona jurídica, con el respaldo de la ley asociativa vigente.

1.9. Limitaciones de la investigación

En la presente investigación no se han presentado limitaciones para analizar el problema planteado, ya que debido al enfoque cualitativo de la presente investigación, se ha podido acceder a la bibliografía correspondiente especializada, precisando que no se puede desarrollar el trabajo de campo, debido a la naturaleza de nuestra investigación que es de enfoque cualitativo teórico y también al estado de emergencia sanitario que viene atravesando nuestro país; sin embargo, se ha tomado la decisión de aplicar la metodología pertinente para lograr la validez y rigor científico de la presente investigación.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Nacionales.

Jiménez (2016) desarrolló la tesis titulada: “*La responsabilidad solidaria del grupo de empresas en las obligaciones laborales según el pleno jurisdiccional nacional laboral del año 2008*”, sustentada en Piura, para optar el título de Abogado por la Universidad de Piura; la cual tuvo como objetivo conocer cuándo se debe imputar responsabilidad solidaria en los grupos de empresas a efectos laborales; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “La conformación de un grupo de empresas no es ilícita. No obstante, esta nueva forma de organización empresarial es un medio importante para llegar a excluir de responsabilidad a los verdaderos empresarios en perjuicio de terceros. Debido a esto, diferentes campos del Derecho han regulado diversas formas de paliar este problema”.
- “Una vez determinados los elementos esenciales de los grupos de empresas y, por tanto, saber cuándo nos encontramos frente a un grupo de empresas a efectos mercantiles; se comienza a legislar sobre los paliativos al problema de la instrumentalización de la personalidad jurídica por parte de los grupos de empresas, entre estos remedios tenemos: a la doctrina del levantamiento del velo societario, la

doctrina del empresario aparente, la doctrina del fraude, etc. Es a partir de estos remedios como se comienza a proteger a los diferentes acreedores de los grupos de empresas”.

La metodología utilizada en la presente tesis no se indica, conforme se puede ver del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque ambas señalan que el grupo de empresas debe ser responsable solidario por las obligaciones laborales sin tener en cuenta el grado de intencionalidad en defraudar los derechos laborales de este trabajador. Esto se debe a que, por el principio de primacía de la realidad, el juzgador debe tener en cuenta los hechos y el daño causado y, no debe buscar la intencionalidad fraudulenta del empleador.

Bances (2018), desarrolló la tesis titulada: *“La sociedad en comandita y su inaplicabilidad en el ordenamiento jurídico nacional”*, sustentada en el distrito de Pimentel de la provincia de Chiclayo, para optar el título de Abogado por la Universidad Señor de Sipán, la cual tuvo como objetivo el análisis de las sociedades en comandita, regulada por la Ley General de Sociedades N° 26887, desde que fueron creadas en el ordenamiento jurídico nacional; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Esta figura societaria es inaplicable en el comercio nacional, porque la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios colectivos, es insostenible y categóricamente apartada de la realidad y no es un soporte al desarrollo comercial, dentro del límite normativo societario”.
- “Se considera factible, entonces, proponer la creación de un nuevo tipo societario que se denominará: “Empresa Social Alternativa”, para lograr la formalización de los pequeños negocios, en los cuales los gestores, son personas sin seguridad social, sin seguridad jurídica y sin acceso al crédito”.

La metodología utilizada en esta tesis es a través del método descriptivo y cuantitativo, con un tipo de investigación mixta es decir descriptiva y propositiva.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque ambas señalan que con la formalización de los gestores de pequeños negocios; así como también de los pequeños inversionistas, se obtendrá seguridad jurídica y acceso al crédito.

Laura, Vinelli & Delgado (2019) desarrollaron la tesis titulada: “*La problemática de la responsabilidad tributaria del contrato de consorcio: análisis y aportes a partir de la regulación societaria en el Perú*”, sustentada en Lima, para optar el Grado de Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo por la Graduate School of ESAN Business, la cual tuvo como objetivo analizar la problemática de la responsabilidad legal del contrato de consorcio y proponer una mejor regulación en el ámbito societario y tributario del contrato de consorcio en el Perú; de tal forma que llegaron a la siguiente conclusión:

- “La responsabilidad solidaria de los consorciados en un contrato de consorcio con contabilidad independiente debe ser limitada a las contribuciones de los mismos; pudiendo fijarse (normativa o por la vía de interpretación) además determinados requisitos (incluso antielusivos) como el dolo, negligencia grave o abuso de facultades como se prevé para las sociedades que, finalmente, tienen la misma condición de personas jurídicas en el campo tributario. Por tanto, en virtud del principio de igualdad, deberían recibir el mismo trato sobre el alcance de la responsabilidad tributaria que recae sobre los integrantes de una sociedad”.

La metodología utilizada en la presente tesis es de revisión de fuentes secundarias, como por ejemplo revisión de normas legales, revisión de doctrina, artículos, jurisprudencia del Tribunal Fiscal e Informes de la Administración Tributaria, conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque ambas señalan que las autoridades tributarias (SUNAT y el Tribunal Fiscal) han definido por la vía de la interpretación que la responsabilidad solidaria de los consorciados en un contrato de consorcio con contabilidad independiente no está limitada a sus contribuciones en el contrato, de forma que puede exigirse la totalidad de la deuda tributaria a cualquier consorciado por más diminuta que haya sido su participación económica o de representación en el contrato.

Escobedo & Halanoca (2019), desarrollaron la tesis titulada: *“Tratamiento de la naturaleza jurídica de la responsabilidad y culpabilidad de las personas jurídicas”*, sustentada en Puno para optar el título de Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano; la cual tuvo como objetivo el análisis jurídico de la naturaleza de la responsabilidad y la culpabilidad de las personas jurídicas; de tal forma que llegaron a la siguiente conclusión:

- “La condición sine qua non para la imposición de una sanción penal es la verificación de la culpabilidad, filtro más importante que debe ser superado para hacer efectivo el reproche penal, siendo esto así, las personas jurídicas tienen culpabilidad; sin embargo, su concepción es liminarmente diferente a la culpabilidad de las personas naturales, que es entendida como “la capacidad de usar su libre albedrío, optar por el mal cuando podía y sabía cuál era el bien e inclinarse por él”, mientras que la culpabilidad de las personas jurídicas es entendida como aquel defecto organizativo de la empresa que está delimitado en tres líneas de análisis; (i) defecto en la constitución (finalidad criminal), (ii) defecto en el funcionamiento económico (funciona con dinero sucio y/o financiamiento al terrorismo) y (iii) defecto en los roles y funciones de su personal (operativo); todo ello debe estar controlado y vigilado por el programa de cumplimiento, implementación que debe ser obligatoria para todas las empresas, ahora bien, este defecto organizativo puede ser total o

parcial, y de acuerdo a ello se tomará en cuenta y evaluará para la graduación de la sanción penal, que va desde una multa hasta la disolución de la empresa”.

La metodología utilizada en la tesis es de enfoque cualitativo, con un tipo de investigación crítico y analítico prospectivo, diseño no experimental, descriptivo y el método es sistemático, analítico, deductivo y método comparativo; conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque ambas señalan que las personas jurídicas puedan ser imputadas en forma directa, ya que, de lo contrario, los delitos de corrupción cometida desde las personas jurídicas continuarán quedando impune, porque la Ley N° 30424 estaría quedando como una norma simbólica.

Ocupa (2018), desarrolló la tesis titulada: *“El fraude a la ley como forma de evadir a la norma nacional en el derecho internacional privado”*, sustentada en Chiclayo, para optar el título de Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo; la cual tuvo como objetivo determinar si es conveniente la regulación de esta institución jurídica, respetando los principios y fuentes del Derecho vigentes en nuestro sistema jurídico, tomando en cuenta lo desarrollado por la doctrina y normativa internacional; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “La naturaleza jurídica del fraude a la ley, según la doctrina, el derecho comparado y la regulación por organismos supranacionales cuyos tratados tienen carácter vinculante, siendo una figura jurídica no regulada, pero que se encuentran operativa en nuestra economía social de mercado, asimismo se ha analizado diversas propuestas normativas respecto del fraude a la ley, que buscaron una regulación acorde a la realidad socioeconómica”.
- “Se determinó que es perfectamente viable regularizar el fraude a la ley en nuestra legislación, proponiendo su incorporación al libro X del Código Civil de 1984,

formalizando su definición, los efectos de la misma y en qué casos en específico serían aplicables dentro de una relación jurídica”.

La metodología utilizada en la presente tesis, está conformada por las referencias bibliográficas que sirvieron de soporte científico y teórico a la investigación, conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque ambas señalan que debido a que el fraude a la ley no cuenta con una regulación en nuestro sistema jurídico, es recomendable que se realice una buena promoción para dar a conocer esta institución jurídica, más aún si es de gran importancia en la aplicación del derecho, cuya implementación deberá estar acorde a nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, con una adecuada regulación, estaremos evitando el abuso del derecho.

2.1.2. Internacionales.

Sauvé (2016), desarrolló la tesis titulada: *“El capital social de las sociedades anónimas en Costa Rica, análisis de su naturaleza jurídica: ¿un mero formalismo para su constitución?”*, sustentada en Costa Rica, para optar el Título de Licenciatura en Derecho, por la Universidad de Costa Rica; la cual tuvo como objetivo explicar por qué el capital social en las sociedades anónimas costarricenses se trata de un mero formalismo y no cumple con un verdadero fin, y cómo es necesaria la modificación de la regulación comercial actual para brindarle verdaderas funciones al capital social; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “En Costa Rica, la gran mayoría de sociedades inicia sus actividades mediante préstamos u otras figuras jurídicas que no son parte del capital social, y, por lo tanto, éste pierde totalmente su función empresarial”.
- “El capital social como tal no es la garantía, éste debería ser la cifra de retención para que la administración de la sociedad no distribuya dividendos, si estos se

encuentran por debajo de dicha cifra. Por esta razón, y repitiendo lo indicado en cuanto a la función empresarial, montos simbólicos como los utilizados en su país no podrían jamás considerarse como una cifra de retención que brinde garantía alguna a sus acreedores”.

La metodología utilizada en la presente tesis es el método de análisis de contenido de las distintas fuentes bibliográficas, principalmente, doctrinarias y legislativas; conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque ambos cuestionan que los montos simbólicos como capital social no sirven como garantía para los acreedores.

Pazos (2016), desarrolló la tesis titulada: “*La persona jurídica de derecho privado en el sistema jurídico peruano: ensayo de una teoría general*”, sustentada en el país de España, para optar el Grado de Doctor en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide; la cual tuvo como objetivo principal, analizar el sistema jurídico peruano que atribuye una serie de titularidades a la persona jurídica, las mismas que cuentan con un contenido propio aplicable al caso de la entidad; de tal forma que llegó a la siguiente conclusión:

- “Son pocos los casos en el ordenamiento jurídico peruano en los que se ha determinado en la ley el régimen de representación y las facultades específicas del mismo. No hay referencia alguna, salvo escuetas menciones al órgano de representación, en el caso de las personas jurídicas de Derecho privado sin fines de lucro como las asociaciones, fundaciones, comités o comunidades campesinas y nativas. En estos casos, las facultades del representante deberán ser determinadas por los correspondientes estatutos. La actuación del representante legal queda sometida a las reglas generales que sobre representación se encuentran en el Código Civil peruano. De esta forma, cuando el representante de la persona jurídica actúa

dentro de los límites de las facultades que le han sido concedidas, a nombre, por cuenta y en interés de la entidad, vincula a ésta”.

En la presente tesis no se indica la metodología de investigación, como se puede corroborar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque ambas sostienen que, en el ordenamiento jurídico peruano no existe referencia a algunas figuras de representación en los tipos de sociedades con fines de lucro y en nuestro caso que existe regulación del capital mínimo de los aportes y sobre el levantamiento del velo societario.

Escrihuela (2019), desarrolló la tesis titulada: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, sustentada en el país de España, para optar el Grado de Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad Católica de Murcia; la cual tuvo como objetivo principal analizar que, en la legislación penal española, no solo las personas físicas, también las personas jurídicas son penalmente responsables, en los casos especialmente previstos; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “Solo determinados delitos son susceptibles de ser cometidos por la persona jurídica, sobre el catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas, no se incluye los delitos contra los derechos de los trabajadores ni la apropiación indebida”.
- “La imputación de la persona jurídica, se fundamenta en el hecho propio, para condenar a una persona jurídica se precisa la constancia de que la misma no haya adoptado medidas de control eficaces para la evitación de la conducta delictiva en cuestión. La responsabilidad por el hecho propio y no por el hecho ajeno. Autoresponsabilidad frente a responsabilidad vicarial”.

La metodología utilizada en la presente tesis es de enfoque mixto es decir cualitativo y cuantitativo e incluye monografías, revistas especializadas, nacionales e internacionales, fuentes demográficas e históricas, prensa y conferencias. Todo ello para aportar rigor científico

a la presente obra; conforme se puede apreciar del link utilizado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque ambas afirman que exista independencia entre la responsabilidad individual y la responsabilidad de la persona jurídica, para evitar abusos y fraudes contra terceros.

Galvis (2010), desarrolló la tesis titulada: *“El levantamiento del velo societario frente al abuso del derecho y el fraude a la ley: Sus implicancias en el Perú”*, sustentada en el país de Ecuador, para optar el título de Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador por la Universidad del Azuay; la cual tuvo como objetivo principal analizar la doctrina del levantamiento del velo societario como la solución más práctica que ha surgido frente al abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales; de tal forma que llegó a la siguiente conclusión:

- “El incremento de las sociedades artificiales nacionales e internacionales, sin contenido real, que ocultan sus actividades fraudulentas, encubiertas por el velo societario, ha generado tanto perjuicio a terceras personas, incluido el Estado, en ciertos casos a los propios socios de una compañía que ha puesto a la doctrina, a la jurisprudencia y a la legislación frente a la necesidad de encontrar una solución práctica al problema. Ello supone el abandono de la concepción abstracta de la persona jurídica, pero también su efectivo robustecimiento, al liberarla de los abusos que podrían degradarla”.

En la tesis no se indica la metodología; como se puede corroborar con el link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque ambas señalan que el levantamiento del velo, ha sido adoptado por distintos ordenamientos jurídicos pertenecientes

a la familia del *common law*, así como a la familia romanista, y se ha aplicado con éxito en países como Estados Unidos, Inglaterra, Francia, España.

Maidava (2016), desarrolló la tesis titulada: “*¿Es eficiente, en el sentido del análisis económico del derecho, la normativa referente al capital social, su aplicación y contralor en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante la infracapitalización de las sociedades anónimas?*”, sustentada en el país de Argentina, para optar el Grado de Maestría en Derecho Empresario Económico por la Pontificia Universidad Católica Argentina; la cual tuvo como objetivo evaluar las consecuencias económicas de la infracapitalización empresarial en sociedades anónimas de la República Argentina; de tal forma que llegó a las siguientes conclusiones:

- “El capital social mínimo de las sociedades anónimas argentinas establecía un monto mínimo, de \$ 12.000 (doce mil pesos), a valores del año 1991, hasta que, dicho monto de capital social fue sustituido por artículo 1° del Decreto N° 1331/2012 publicado en el Boletín Oficial el día 7 de agosto de 2012. Actualmente el capital mínimo para constituir una sociedad anónima es de \$ 100.000 (cien mil pesos)”.
- “Con respecto a la exigencia de capital mínimo (cuya imposición existe sólo para las sociedades anónimas) que antiguamente era de \$ 12.000 y actualmente es de \$ 100.000, resulta difícil pensar que dicho monto “pueda ser una cifra referente de lo que debe conservarse en el patrimonio (capital social) y constituir de esa forma, una garantía suficiente en negocios de mediana o gran envergadura, pero también lo es que aumentar esa suma no necesariamente traería consecuencias valiosas, porque si se establece un monto más alto, se corre el riesgo de impedir el ingreso al mercado de quienes puedan organizar empresas sin demasiado capital propio. Por otro lado, si la suma es demasiado baja, se vuelve simplemente una formal”.

- “Es necesario, la contratación de un seguro de caución por la sociedad, tal como el que resulta obligatorio ahora para los directores titulares, por un importe determinado (por ejemplo, del doble de los pasivos corrientes y no corrientes, por decir algún parámetro)”.

En la tesis, la metodología utilizada incluye la revisión de bibliografía y antecedentes jurídicos; conforme se puede corroborar con el link citado en las referencias bibliográficas.

La tesis citada, se relaciona con el presente proyecto porque ambas señalan que el capital social no cumple con la función de garantía y, por lo tanto, al no cumplir con una de sus funciones jurisdiccionales, se puede decir que el concepto de capital social está en crisis, por lo que, se debe modificar en nuestro caso el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”.

2.2. Bases teóricas de la investigación.

2.2.1. El ejercicio abusivo de derecho de la infracapitalización.

El ejercicio abusivo de derecho dentro de la “infracapitalización”, es realizado a menudo por personas jurídicas, ante eso hay cierta crítica ya que ha sido utilizado en múltiples ocasiones como una pantalla por el ordenamiento normativo, para llegar a encubrir aquellos casos que se escudan tras ello, es decir, es aquel poder absoluto que faculta a la persona jurídica a que pueda separar el patrimonio ajeno y convertirlo como si fuera suyo, creando de esa manera un nuevo sujeto de derecho.

Ante ello Mispireta (2018) indica: “El fundamento principal de la existencia jurídica de las instituciones colectivas, es que se pueda realizar una actividad específica sin que el asociado ponga en peligro el íntegro de su patrimonio y que se puedan imputar relaciones jurídicas (...)” (p. 83).

Es necesario precisar que la doctrina y la normativa no crearon a la persona jurídica para que los miembros puedan utilizarlo como una pantalla que los esconda de los demás,

llegando a aprovecharse del beneficio de la responsabilidad patrimonial limitada. Ante ello, será motivo para analizar los remedios jurídicos que deben ser aplicados, para evitar que la persona jurídica sea utilizada como escudo de los beneficios que se adquiere de forma ilegítima, generando perjuicios a los terceros ajenos a dicha persona jurídica.

2.2.1.1. Antecedentes históricos.

El abuso de derecho se fue concretizando en formulas recientes, dentro del derecho romano, se llegó a consagrar el absolutismo del derecho individual bajo el concepto *qui jure utitur nomine loedit*, que traducido significa, quien llega a usar de su derecho no puede ser responsable; asimismo, en base al principio de equidad se resolvieron cuestiones muy concretas, de la cual se percibieron ciertos matices de un uso anormal de los derechos.

Según la postura de Luquin (2005) indica: “No fue científica sino tópica en el sentido de resolver problemas o *topics* con soluciones basadas en principios superiores de equidad, como recurrir a la “justicia del caso”, razón por la cual no se preocuparon de sistematizar los elementos (...)” (p. 181).

Ha existido una gran discrepancia en la actualidad acerca del origen del ejercicio abusivo del derecho, al sostener que la teoría del abuso de derecho, no es nueva, sino que ésta se remonta a tiempos antiguos, ofreciendo el ejemplo del Digesto Romano, en donde se indica ciertas prohibiciones en contra de los abusos perpetrados por el amo contra el esclavo y del padre contra el hijo, asimismo algunos doctrinarios piensan que el origen del abuso de derecho se da desde la acción pauliana. (Castiglione, 1991, p. 15)

Consideramos que resulta forzado pretender hallar los orígenes del ejercicio abusivo de derecho en el derecho romano, ya que el inigualable sentido práctico de los antiguos romanos, hizo posible que no se llegue a teorizar el derecho subjetivo ni tampoco el abuso del derecho, ya que los romanos concebían al orden jurídico como una colección de poderes individuales, por lo que deberían ser compatibilizados de acuerdo a los principios de justicia y equidad.

En el periodo medieval, sucede lo mismo que en el derecho romano ya que no es posible realizar distinción del principio jurídico, lo que actualmente llamamos el ejercicio abusivo de derecho, no obstante, a ello, con la influencia del cristianismo surge la doctrina de los actos de emulación o *aemulatio*, surge debido a los conflictos de derechos, gracias al cristianismo se establece ciertas protecciones a los perjudicados, ya que al imponer los actos de emulación, se reprobó el ejercicio de los derechos individuales de una manera perjudicial para los intereses de los obligados (Warat, 1969, p. 126).

Tampoco, esta doctrina favoreció la aparición del abuso de derecho, ya que el órgano del legislador, como el de la jurisdicción residían en la persona del monarca, quien tenía la facultad de modificar el sistema jurídico, por lo que solo el soberano y los feudos, dictaban normas especiales para algunos casos.

2.2.1.2. Definición de abuso de derecho.

La terminología de abuso de derecho surge del termino latín “*abusus*” lo que significa mal uso del derecho o exceso de un derecho, esta teoría del abuso de derecho, determina las pautas para identificar abusos o usos incorrectos, proponiendo medidas restitutorias de los desequilibrios perdidos, el resarcimiento de los daños causados, en miras a la preservación de la propia organización social y del bien común.

Se puede realizar abuso hacia las cosas mas no al derecho, ya que este cesa donde comienza el abuso hacia el otro, por lo que un mismo acto no podrá ser al mismo tiempo lícito y abusivo. Algunos autores en lugar de utilizar el término abuso, mencionan como expresión, exceso en el ejercicio de un derecho, porque donde comienza el abuso termina el derecho, aun cuando este sea un derecho subjetivo. Lo que se abusa no es el derecho sino el ejercicio del mismo, es decir, lo que se abusa es el derecho subjetivo mas no el derecho objetivo. (Correa. 1986, p. 42).

Por la necesidad de dogmatizar la existencia de los derechos subjetivos, es preciso que se cuiden de los excesos, en el que las partes pueden incurrir al ejercitar sus respectivas acciones, ya que, si la ley los reconoce con un fin justo y útil, puede suceder que en ciertas situaciones se tornen decisiones injustas, con graves consecuencias para el vencido.

La noción del derecho para su configuración requiere de dos elementos que son esenciales para su funcionamiento, el material y formal; el primero, consiste en las relaciones de las personas dentro de una sociedad, mientras en el ámbito formal, se refiere a la organización de la sociedad, pero a través de imposiciones de normas de conducta, por lo tanto, el derecho no crea una sociedad, sino que es presupuesto como una realidad preexistente.

Es necesario determinar de dónde viene el derecho, pero es necesario saber a dónde va y de esta manera definir los fines jurídicos, que son muy distintos al contenido mismo del derecho; el primero, está dentro de él; mientras el segundo, está fuera y marca hacia su aplicación o consecuencias esperadas. Por lo tanto, los fines del derecho buscan identificar lo que este persigue o rechaza, la esencia o razón de existir. Para entender la figura del abuso de derecho, es necesario ubicar donde está el fin del derecho.

Según Ordoqui (2014) indica que: “Cuando se ejerce un derecho sin respetar la finalística que justifica su existencia y se buscan otros fines diferentes, y, por lo tanto, no reconocidos por el orden jurídico, entramos en la figura de lo ilícito y abusivo (...)” (p. 111).

El abuso de derecho, es aquel ejercicio de un derecho cuando llega a ser contrario a las exigencias como buena fe o se llega computar abusividad, cuando tenga por finalidad generar daño a terceros, que a lo largo deberá ser indemnizado. Asimismo, es calificado como un acto ilícito, que perjudica no solo a terceros sino también al propio Estado a través de su legislación, por lo que, es necesario presentar mecanismos para solucionar esta problemática, que cada día crece sin medida, desnaturalizando el espíritu para el cual fue creada la persona jurídica asociativa.

2.2.1.3. *Naturaleza jurídica.*

La figura del ejercicio abusivo del derecho, llega a constituir una de las instituciones jurídicas, que se configuran en el campo civil, cuya riqueza legislativa, doctrinaria y jurisdiccional, hace más complicado su estudio. A lo largo de la historia uno de los aspectos fundamentales del abuso de derecho, ha sido llegar a determinar la naturaleza jurídica. Existen posiciones que niegan la validez doctrinaria y legislativa, así como teorías que explican la esencia misma.

Asimismo, la figura del abuso de derecho se debe ubicar en la ciencia jurídica, con el propósito que se delimite sus caracteres y que, desde ese punto, surjan las consecuencias o efectos. En el caso de un acto jurídico, surge la propia voluntad de la persona, que podrá ser lícito o ilícito. Existen tres puntos de vista para considerar la naturaleza jurídica del ejercicio abusivo de derecho:

- **Como acto ilícito:** Según este ítem, cualquier forma de abuso o exceso en el ejercicio abusivo de derecho, conlleva a una ilicitud, bajo ese mismo parámetro la jurisdicción Portugal mediante su Código Civil en el articulado 334 califica al exceso de derecho como ilegal, asimismo, cuando se llega a ejercer de forma excesiva las manifestaciones, los límites que se impondrán son por la buena fe, buena costumbre o por la finalidad social o económica del derecho. (Ordoqui, 2014, p. 154).
- **Ubicación de zona intermedia de lo ilícito a lo lícito:** Como sabemos el abuso de derecho surge de un derecho del que se es titular, por que surge de una situación lícita y al ser ejercida se convierte en ilicitud.

Según Bernal (1982) citado por Ordoqui (2014) indica: “Sostiene que lo que se lesiona en el abuso de derecho no es el derecho objetivo, sino la conciencia social (...)” (p. 127).

Por lo tanto, el ilícito del derecho se ubicará entre lo lícito, generando de esta manera una figura contraria, ya que el acto lícito está relacionado con el aspecto formal, mientras lo ilícito es el ente que llega a trasgredir los valores implícitos en la norma.

- **Abuso de derecho como acto atípico:** según Atienza & Manero (2000) establecen que: “El abuso de derecho junto al fraude a la ley y a la desviación de poder como un ilícito o “sui generis”. Se caracteriza por presentar discordia entre distintas normas del orden jurídico (...)” (p. 155).

Los criterios de imputación de responsabilidad que se aplican, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, vienen a ser el dolo, la culpa y la garantía, es decir, la creación del riesgo. Al momento de calificar el abuso de derecho, se debe considerar la conducta y los intereses del perjudicado. Por lo tanto, el ejercicio abusivo y el fraude a la ley, se iniciarán cuando se computan los cuatro supuestos. El primero, consiste en la acción, pero bajo el respaldo de la norma; el segundo, cuando se llega a producir un daño ya sea que haya sido generado con intención o no; el tercero, cuando el daño llega a ser injustificado de acuerdo a los principios generales del derecho; por último, cuando se genera un daño llega a ser un criterio regulador ya que están determinadas como prohibidas.

2.2.1.4. Tesis del abuso de derecho.

La tesis de abuso de derecho, considera tres teorías que surgen para la aplicación del ejercicio abusivo de derecho; la teoría negativa, la tesis positiva y la última bajo un criterio mixto, a continuación, detallaremos cada una de ellas:

2.2.1.4.1. Tesis Negativa.

El ejercicio abusivo de derecho, dentro de la tesis negativa, es uno de los procedimientos tratado por los juristas, con el propósito de salvaguardar o atenuar los efectos

que se van a generar del ejercicio del derecho de la propiedad, que afectan los intereses ajenos, ya que este tipo de derecho, está considerado como un derecho subjetivo de carácter absoluto, por lo que, si sale fuera del campo lícito, estamos frente a una ilicitud.

Por lo tanto, esta teoría va tener su origen en la jurisprudencia francesa, sobre todo en las sentencias que son emitidas por el propio tribunal, uno de los casos emitidos en el año 1855, se refiere, cuando un propietario llega a edificar una chimenea grande que no tenía ninguna utilidad, pero dicha chimenea estaba en la ventana del vecino colindante, con la intención de bloquear el paso de la luz solar, ante este caso el tribunal determinó que el derecho que tiene un propietario es absoluto, pero dicho ejercicio de este derecho debe tener límites, la satisfacción de un interés serio y legítimo, como se aprecia se llega a reconocer el derecho subjetivo que posee, más su ejercicio carecía de interés legítimo, ya que no tenía ningún beneficio al propietario, pero afectaba intereses ajenos, que en este caso era del vecino.

Según Martínez (1998) citado por Ordoqui (2014). señala que: “Una postura negativa al sostener que el abuso de derecho en sí mismo no es más que la aplicación de principios tales como el de la buena fe o la equidad. (...)” (p. 114).

Por lo tanto, consideramos que el abuso de derecho se establece con el propósito de generar un perjuicio o daño a otra persona o, de otra forma, no le reporta beneficio alguno. Asimismo, con esta tesis se busca ciertos criterios para verificar el abuso de derecho, que se va requerir de tres, que exista una intención de causar perjuicio, acción culposa o negligente y, por último, cuando carece de un interés legítimo para el agente, entonces, de acuerdo al autor se genera una postura negativa al combatir el abuso de derecho con los principios de la buena fe o la equidad, ya que Ordoqui (2014) señala: “un solo acto y mismo acto no puede ser a la vez conforme a derecho y contrario a derecho” (p. 112).

2.2.1.4.2. tesis Positiva.

Esta tesis surge por la propuesta dada, por uno de los juristas más importantes como lo es Planiol, quien señala que el derecho termina cuando el abuso comienza, no es cierto que cuando una norma reconoce el derecho no llega a excluirse, sino que cuando se llegue a ejercer no pueda actuarse en forma irregular o que sea contrarias a los fines que posee la norma o los propios principios generales del derecho. Para que se llegue a configurar el abuso de derecho se requiere superar el enfoque meramente formal del orden jurídico y pasar por el filtro de los valores y los principios de la norma en cuestión y del orden jurídico como un todo.

Como ya lo veníamos indicando, para que se llegue a configurar el ejercicio abusivo de derecho, es necesario que exista ciertos criterios; primero, tales como el criterio intencional, que se configura cuando existe la intención de dañar un derecho ajeno; segundo, el criterio técnico se caracteriza por existir culpa en el ejercicio del derecho, para declarar la existencia de abuso; por último, el criterio social o también llamado finalista, se caracteriza por el ejercicio de un derecho desviado del fin o función social que lo identifica.

A pesar de tener una lógica aparente la tesis negativa, no logró desplegar en su conjunto el abuso de derecho, en el mundo contemporáneo ya que, tiene una particularidad de una auténtica proposición de justicia de la cual no se pudo paralizar las explicaciones. Sin desacreditar que, en la actualidad la teoría de abuso de derecho se encuentra consagrada, pero no hay ningún detector o criterio de guía que nos permite hallar los derechos que fueron ejercidos de modo abusivo, con el propósito de comprobar la trascendencia del abuso de derecho, quienes afirman que existe esta figura, instituyen ciertos criterios objetivos y subjetivos.

Es cierto que, en la actualidad el ejercicio abusivo de derecho está consagrado, pero no hay acuerdo específico para poder determinar los criterios que se utilizan para verificar el abuso

de un derecho de un determinado caso, es decir, cuando se trata de elegir que detector nos va permitir hallar los derechos que se están ejerciendo de modo abusivo.

2.2.1.4.2. Criterio Mixto.

La tesis negativa y positiva, de forma separada según la doctrina no llega a cumplir la finalidad que tienen, es por ello que, se requiere de ambas en su aplicación, ante ello surge el criterio mixto, que debe ser ponderado y sobre todo complementado, bajo dos fundamentos propios de su autoría que son; la culpa, en la ejecución del acto y la falta de interés legítimo para que pueda ser sustentado.

Según Borda para estar frente a un acto abusivo, los magistrados deben considerar ciertos factores, tales como; la intención de generar un daño, la ausencia de interés legítimo, si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es más dañosa para otros, el ejercicio generado sea abusivo, cuando la conducta es contraria a las buenas costumbres, cuando se actúa de manera no razonable y por último, si el comportamiento del agente no concilia con la propia finalidad económica o social del derecho. (Borda, 1996, p. 33)

A causa de la flexibilidad que está permitida por el ejercicio abusivo de derecho, se llega a compatibilizar la moral, el derecho y sobre todo las viejas instituciones que, en lugar de desaparecer, se ajustan a las nuevas realidades; ante ello nos hacemos la pregunta, que pasaría si no existiría el concepto de las personas jurídicas o de sociedad, si no existiera la posibilidad de considerar el abuso de estas formas.

2.2.1.5. Fundamento constitucional del abuso de derecho.

En la Constitución Política del Perú, se establecen ciertos fundamentos, uno de los temas del derecho, que viene a ser el daño, dentro de ello se alude a la existencia de un verdadero Derecho Constitucional, ya que se inserta el abuso de derecho que a lo largo, asumió transcendencia jurídica, ya que para la definición de dicha figura, se tomó en cuenta la determinación de los intereses y los valores, que están protegidos por el orden jurídico; tales

como la integridad de la persona, la propiedad en su función social, la libertad de expresión de contratar, los cuales engloba los intereses que se deben proteger, es decir, los derechos fundamentales que no deben ser vulnerados.

Nuestra Constitución, no solo marca límites, sino que también cumple una función residual, que es de aplicación directa o sistemática en el derecho civil. Asimismo, en la Carta Magna surgen principios, que no son posibles de ser tratados de forma diferente ante hechos iguales, o tratar igual a lo que son diferentes, por lo que es necesario, verificar la congruencia de la norma bajo sus objetivos en el propio ordenamiento en su conjunto. Por lo que, los valores que respaldan la Constitución, permiten lograr detectar los abusos en el ejercicio de los derechos que se ocasionan; por ello, es fundamental partir de un sistema jurídico sistemático y coherente como debe ser la Constitución.

Según Perlingieri (2008) recomienda: “Una relectura del Código Civil a la luz de los principios generales de la constitución. La norma nacional no solo marca límites o cumple una función residual, sino que es de aplicación directa o sistemática en el derecho civil (...)” (p. 513).

Por lo tanto, la figura del abuso de derecho está establecido en las normas constitucionales, lo cual está vinculado con el principio de igualdad, que busca imponer y garantizar la paridad de trato entre la hipótesis de abuso, que pueden estar netamente legisladas y las que cuenta con la aceptación social, que hasta el momento no han recibido el respaldo legislativo concreto y específico. (Ordoqui, 2014, p. 142)

La Constitución Política del Perú vigente, en su artículo 2 numeral 4, en el cual se puede interpretar que la libertad de prensa mantiene un límite, bajo la responsabilidad de la ley, por lo que si se hace un ejercicio abusivo de derecho se configura como un delito que se juzga en el fuero común; de manera que, existen algunos derechos que deben adecuarse a los criterios de razonabilidad, es decir, que permita la coexistencia de los demás derechos. Por lo que,

cuando los derechos llegan a ser absolutos, deben ser interpretados de conformidad a los demás derechos respaldados en la Constitución, a través del mecanismo de la ponderación y de los principios generales del derecho.

2.2.1.6. Consecuencias del ejercicio abusivo de derecho.

Ante el ejercicio abusivo de derecho, el ordenamiento jurídico establece las posibles consecuencias, en algunos casos se prescribe la nulidad de todo lo actuado, mientras en otros se hace posible la aplicación de ciertas medidas procesales para la detención o prevención, con la finalidad de poder exigir el resarcimiento cuando llegan a causar daños. Por lo tanto, dichas consecuencias son tres; primero, despojar de toda virtualidad al acto derivado, pero privándolo de los efectos que se van a generar; segundo, impedir el ejercicio de una acción judicial, lo cual se fundamenta el abuso de derecho; por último, resarcir el daño generado.

Asimismo, existen otras consecuencias, como la nulidad e imposibilidad del acto abusivo cuando comienza la conducta del obligado que es pretendida por el titular del ejercicio de derecho, no podrá ser exigible. Según Larenz (1994) indica:

La posibilidad de la inexigibilidad puede sobrevenir cuando ello es exigido por la tutela de los más altos intereses, especialmente en consideración de la vida y la salud del deudor o de sus familiares, o bien que corresponda a un deber moral más elevado que el de la prestación (p. 176).

Luego, resarcimiento del daño por acto abusivo, cuando se llega a ejercer un derecho de forma abusiva, se genera un daño, el cual debe ser resarcido por el régimen de la responsabilidad civil extracontractual, ya sea cuando esa actividad abusiva se genera por la acción u omisión generando daños personales y materiales. Como es sabido el abuso de derecho es calificado como una forma de conducta ilícita, por lo que se debe resarcir el daño desde la presentación de la demanda, ya que hasta esa fecha existió tolerancia, por lo que no estamos

de acuerdo, ya que el daño generado deberá ser resarcido desde la fecha que se causó, siempre que exista prueba de ello.

Como ya veníamos indicando el daño puede ser personal o material, según el interés afectado, asimismo también el abuso debe ser de forma individual, colectivo o difuso. Por lo tanto, el interés debe ser legítimo y tutelado por el orden jurídico, también puede causar un daño moral ya que, genera sufrimiento y dolor, afectando la calidad de vida del agraviado.

Por último, la inoponibilidad del acto jurídico, en ocasiones, ante el abuso en el ejercicio de derecho, mediante el empleo de ciertas formas el orden jurídico dispone la inoponibilidad de la figura jurídica que se plantea, de manera que el afectado por la forma puede prescindir de su existencia y llegar a conseguir lo que busco, una cobertura indebida. (Ordoqui, 2014, p. 183).

En otras palabras, el derecho de la persona favorecida podrá ser exigido sin ninguna traba, aun cuando se da la existencia de aquellas formas que en un principio fue interpuesto. Es necesario, indicar que cuando el acto es calificado como inoponible se entenderá como no realizado respecto de ciertas personas que tienen derecho a desconocerlo.

Este principio de inoponibilidad, se relaciona intrínsecamente con el principio de la relatividad del contrato, ya que los actos convencionales no le son oponibles, respecto de quienes no participaron en su formación. El efecto, que produce la inoponibilidad se llega a perder si el derecho se llega a ejercer de forma abusiva, por lo que, los terceros estarán obligados a tener en cuenta la existencia del contrato, es decir, no lo podrán desconocer. A modo de conclusión, indicamos que la inoponibilidad, es aquella medida de solución para disipar el posible conflicto de interés entre las partes y terceros, más que nada en los casos en que lo actuado, por aquellos pueda derivar en perjuicio sobre los otros. (Ordoqui, 2014, p. 184).

Por lo tanto, la consecuencia del ejercicio abusivo de derecho, viene a ser aquel acto ilícito generador de la relación sustantiva (contrato de mutuo) o en el proceso de ejecución de

garantías, cuando se pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional, para solicitudes no conformes al ordenamiento jurídico, o lesivos al orden público y fines del proceso, de tal manera que, se pueda predicar un ejercicio abusivo de derecho al debido proceso, en específico de las facultades pertenecientes al derecho de acción, configurándose en una situación sin amparo jurídico.

2.2.1.7. Abuso de las vías procesales.

La acción procesal se llega a sustentar en base al derecho, proyectando su eficacia a través de la acción judicial, ya que sin lucha no existe derecho, así como sin trabajo no existe propiedad, por lo que cada ser humano, tiene que proteger sus derechos e intereses cuando son afectados irregularmente. Por lo que, de ello va depender la tutela de intereses particular y social.

El reclamar ante la vulneración de nuestros derechos o intereses, que están reconocidos por la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico, en los cuales se puede generar el abuso de derecho, tiene ciertos criterios como:

- a) Que la persona sea titular de un derecho o interés que se trate de ejercitar pretendiendo el amparo de la vía jurisdiccional.
- b) Que se llegue a ejercitar dentro de lo previsto por el orden jurídico.
- c) Que se pueda orientar por un móvil distinto al fin por el que se reconocieron las normas que se invocan. (Ordoqui, 2014, p. 644).

2.2.1.7.1. Definición de abuso procesal.

La doctrina ha establecido distintos criterios acerca del abuso procesal, de igual manera los juristas presentan distintas opiniones, una de las cuales pasaremos a mencionar:

Primero, se indica que existe un anti-funcionalismo, señalando que el abuso procesal, posee una característica fundamental que es la desviación teológica de la norma jurídica, ya

que cada norma tiene un fin que se deja de lado cuando se incurre en abuso. En definitiva, lo que interesa es que se está distorsionando a la norma, institución o principio procesal.

Segundo, mediante una corriente subjetiva, tiene la misma postura que el anti-funcionalismo, ya que se entiende que el abuso de la vía procesal se da cuando la violación a la norma es generada por la conducta, que implica transgredir el principio de lealtad y probidad en el proceso.

Por último, en la teoría intermedia, su postura es que no se llega a alcanzar la vulneración de las intenciones o conductas, sino que se pretende alcanzar o plantear las consideraciones de las consecuencias, las que se podrá llegar por las conductas asumidas. (Maurino, 2001, p. 2)

Asimismo, es necesario indicar que el ejercicio abusivo de derecho, posee un doble sentido, amplio y estricto; el primero, consiste en la desviación de las normas que estén programadas que deben ser respetadas por el legislador; mientras el sentido estricto, se debe entender al apartamiento de algunos de los elementos, que funciona o no funciona, dentro del sistema procesal concreto.

Según Couture (1988) citado por Ordoqui (2014), define el ejercicio abusivo de derecho: “Como la forma excesiva o vejatoria de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello se requiera por las necesidades de la defensa” (p. 645).

Por lo tanto, una de las características principales del principio procesal bajo su denominado dinamismo, consiste en que merced al incesante trabajo de la doctrina se ha ido revelando y perfeccionando, por lo que, se está ante un nuevo principio procesal.

2.2.1.7.2. Principio de la buena fe.

El principio de la buena fe, es considerado como principio ético rector, que está estipulado en el “Código Procesal Civil”, en dicha normativa se indica que las personas

naturales o jurídicas no serán partícipes en el proceso cuando no estén dispuesto a la buena fe y a la lealtad, es decir, actuar con honestidad, ya que la regla moral y el deber de actuar de buena fe exigen que se lleve un proceso limpio. Las demás normas juntamente con el “Código Procesal Civil”, tienen la finalidad de arribar a la justicia y a la verdad, pero a partir de un proceso que esté guiado por la buena fe, lo que implica accionar cuando se tiene el convencimiento de tener la razón de la litis.

En su mayoría los doctrinarios señalan, que la base fundamental de un proceso sobre abuso de derecho, debe estar basado conforme al principio de buena fe, lealtad, veracidad y sobre todo la probidad; asimismo, se debe aplicar dentro de este proceso el principio de moralidad, el cual implica excluir del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad y sobre todo la inmoralidad, los cuales no deben ser instrumentos para poder tener éxito en un proceso.

Según Couture (1988) conceptualiza a la buena fe procesal como: “La calidad jurídica de la conducta, legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de la razón” (p. 400).

El deber de actuar de buena fe se llega a materializar, bajo cuatro ítems; el primero, consiste en brindar al juez competente la información cómo sucedieron los hechos, sin realizar ningún ocultamiento o rectificación; segundo, que las partes puedan aportar la prueba de cargo o descargo, en la etapa postulatoria y según lo establezca la ley sin retaceos; Tercero, la utilización de las vías procesales lícitas, no promoviendo procesos innecesarios o deduciendo excepciones en forma dilatoria; por último, la colaboración de los magistrados en las audiencias que tienen a su cargo, ya que la actividad del juez juntamente con las partes es lograr la tutela de los derechos sustanciales.

Por lo tanto, consideramos que el principio de buena fe, debe actuarse desde el inicio hasta el final en el proceso, por lo que, ni el abogado, ni quienes acuden al proceso, ni quienes actúan en él para juzgar, pueden apartarse de la buena fe. En el ejercicio debido de la buena fe

procesal, se constata la íntima relación existente entre la moral y el derecho; ya que cuando solo se respeta este principio, se ejerce las normas procesales de forma adecuada, es decir, se garantiza un debido proceso.

2.2.1.7.3. Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica de la conducta que se debe asumir en el proceso, para algunos juristas se entiende como un deber mientras para otros como una obligación, y en su minoría se entiende como un principio procesal.

Asimismo, se entiende que la prescripción de la norma debe estar conforme a las reglas esenciales, que deberán ser aplicadas en el proceso como la lealtad, la probidad, las mismas que deben constituir un deber y, por ende, debe estar vinculado con la verdad, es la destreza que se desenvuelve entre las partes en el proceso, pero siempre deberá estar en los límites de los poderes de defensa.

En cuanto al punto, que se encuentra la naturaleza jurídica de la conducta, está sustentado por algunos doctrinarios, como una obligación cuando la transgresión se resuelve en la reparación pecuniaria del daño el cual está causado por el proceso injusto. Según Maurino (2001) indica: “Que el funcionamiento de la figura del abuso del proceso nace del principio de moralidad que puede estar traducida, a su vez en un principio derivado, se está en realidad, ante un principio procesal y es este el criterio (...)” (p. 9).

Por último, la naturaleza jurídica de la conducta a asumir en el proceso sobre el ejercicio abusivo de derecho, también se va a entender como la carga procesal de un carácter especial que deberá ser resuelto en ventaja por el adversario o mediante un acto para la colaboración de la justicia.

2.2.1.7.4. Modalidades.

Para que una persona incurra en el ejercicio abusivo en el proceso, existen distintas conductas que se van a presentar; una de ellas es cuando se dirige un proceso, pero por fines

inadecuados, como son los procesos aparentes, simulados o fraudulentos. Mientras, la otra conducta se da cuando se llega a promover un proceso inmotivado con el solo fin de molestar, al contrario. (Ordoqui, 2014, p. 649).

Por lo que, existen distintas modalidades de abuso, ya que se llega a transgredir el deber de colaboración en el proceso o cuando se llega a utilizar el proceso para satisfacer intereses lícitos, en algunos casos también se llega a transgredir el deber de información y en distintas formas.

Asimismo, también es importante indicar que el abuso de derecho en el proceso se puede constatar a través de distintos puntos de vista, tales como: mediante un proceso infundado, proceso innecesario o inadecuado, también, se da el caso de la realización de pretensiones judiciales sin fundamento, como el caso cuando se realiza la petición de una medida cautelar que no va corresponder. No solo en el ámbito civil, se da el abuso de derecho, también mediante las denuncias penales o las meras amenazas de prestación, cuando se presenta incidentes que no corresponden, en algunos casos se lleva el proceso con la finalidad de molestar o perjudicar al adversario.

2.2.1.7.5. Consecuencias de la conducta abusiva en el proceso.

Las consecuencias que se genera por el ejercicio abusivo de derecho, dentro de las vías procesales, se podrá configurar los siguientes casos: primero, cuando las condenas procesales *strictu sensu* que son mucho más que reparar el daño causado; segundo, la responsabilidad civil adicional por daños y perjuicios emergentes del uso indebido de las vías procesales; tercero, la responsabilidad disciplinaria corresponde a la participación de las partes, así como también la participación de los abogados; por último, la responsabilidad penal, se configura cuando se trata de algún tipo de delito, incluso penal. (Ordoqui, 2014, P. 651)

Otra de las consecuencias, en la calificación procesal como abusivo, es por la facultad correspondiente no podrá ejercitarse válidamente. En cuanto al resarcimiento de los daños y

perjuicios que se genera por la inconducta en el proceso, ante ello se presenta dos posturas, las cuales detallaremos a continuación:

- a) Esta posición acepta la teoría de fundamentación objetiva, donde se pondera el riesgo creado con el acto o cuando hay un comportamiento abusivo al cual no le interesa el daño y la culpa.
- b) Mientras la posición subjetiva, indica que se debe fundar la responsabilidad en la imputación del dolo o si fuera el caso la culpa.

El ejercicio abusivo de derecho, se provoca cuando el titular de un derecho subjetivo procede con una conducta de acuerdo con la norma legal que le otorga esa facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, a la moral, a las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho.

2.2.1.8. La teoría general del abuso de derecho.

La mayor parte de tratadistas están de acuerdo al indicar que la vida en sociedad impone la represión de la mala fe, que se va a generar cuando cualquier persona ejerce su derecho. Asimismo, están en la necesidad de que el derecho positivo debe acoger esa represión, mediante una fórmula que solucione satisfactoriamente el conflicto de intereses entre la persona que ejerce de forma abusiva, mientras el tercero se encuentra afectado por dicho ejercicio.

Como lo veníamos indicando, se han abusado de distintas formas, bajo la conformación de personas colectivas con el propósito de conseguir fines antijurídicos en perjuicio de los demás, por ello daremos a conocer cuáles son las principales características de la teoría general del abuso de derecho, esta noción ha sido arduamente debatida, no encontrando los excesos que se cometen a través de las personas jurídicas.

Según el autor Fernández (1999) define al abuso de derecho: “(...), a una conducta que sustentándose en un derecho subjetivo se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio,

a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad (...)” (p. 163).

El autor conceptualiza a la conducta abusiva del derecho, como aquel derecho subjetivo transgredido mediante la omisión o vulneración, generándose un acto ilícito que no llega a ser materia de la responsabilidad civil, por lo que concretiza lo antisocial en lo irregular, es decir, que se encuentre contrario a la solidaridad y como no a la moral social.

2.2.1.8.1. El derecho subjetivo y sus teorías.

Antes de establecer, cuáles son los elementos esenciales del derecho subjetivo, es necesario saber cómo se ejerce el abuso de derecho, se presenta cuando una persona natural o jurídica excede mediante dichas conductas un derecho subjetivo. Pero, debemos definirlo en que consiste, para algunos juristas alemanes indican que el derecho subjetivo tiene su punto neurálgico en la propia voluntad del individuo, quien goza de una potestad que el propio ordenamiento jurídico le concede.

Dicha postura ha sido criticada por una parte minoritaria de los juristas, ya que indican que la voluntad llega a ser un poder del individuo con prescindencia del ámbito social, es decir, hay personas sin voluntad que pueden actuar en el mundo fenoménico, a través de ciertos representantes, como ejemplo los niños o las personas con enfermedades mentales y no por ello van a dejar de ser considerados titulares de derecho.

Hay otras corrientes, que permiten precisar cómo se entiende al derecho subjetivo, llamado teoría de protección o también normativista, formulado por el jurista alemán August Thon, quien formuló crítica a la concepción de Ihering, quien señala que el punto central del derecho subjetivo es la protección del interés, es por ello que, Thon indica que el derecho subjetivo es aquella expectativa de pretensiones.

De acuerdo a las dos teorías construidas; la de la voluntad y la del interés, a partir de estas se han formulado teorías mixtas, a favor de estas el doctrinario Jellinek considera que el

derecho subjetivo constituye un interés protegido por el poder de la voluntad del individuo. (Mispireta, 2018, p. 85).

Hay algunas teorías que niegan la existencia de la concepción del derecho subjetivo, como Comte, quien indica que esta noción proviene de los planteamientos teológicos y metafísicos, sustentando, que lo que existe únicamente son deberes para con los demás. Otro autor, que cuestionó la existencia de los derechos subjetivos es Kelsen, bajo el sentido técnico de la palabra, no es necesaria en la función del derecho, por lo que la teoría pura del derecho disuelve el concepto de derecho subjetivo en el derecho como norma, en el mismo derecho subjetivo. (Kelsen, 1993, pp. 25-26).

Para la concepción del derecho subjetivo, se requiere la configuración de cinco elementos esenciales, para que pueda ser eficaz, a continuación, detallaremos cada uno de ellos:

- “La voluntad tanto del sujeto capaz e incapaz, se deberá actuar bajo los estándares de los mecanismos de representación”.
- “La facultad de obrar válidamente, dentro de determinados límites que se puedan reconocer a la voluntad, los cuales son considerados elementos externos del derecho subjetivo”.
- “La facultad de poder exigir una o las veces que sea posible, el deber correspondiente”.
- “El ordenamiento jurídico, como locución de la voluntad social o suprema, concede esas posibilidades otorgadas a la voluntad particular. Mientras los medios coactivos, que el derecho facilita en la medida de lo posible, todo ello con la finalidad de garantizar la certeza del derecho subjetivo”.

Por lo tanto, como se ha podido observar que el derecho subjetivo, es aquella facultad que tiene el sujeto, es por ello que un gran sector de la doctrina ha dirigido su atención en esta nueva figura del derecho, ya que considera al sujeto bajo una doble dimensión, como ser

individual y como ser social. Por lo que, el derecho subjetivo se determina como un interés jurídicamente protegido, es decir, como aquel interés respaldado por una protección jurídica cuya efectividad depende de la iniciativa del propio titular.

2.2.1.8.2. El derecho subjetivo antisocial.

Para tener en cuenta, el ejercicio abusivo de derecho, como lo veníamos indicando debe existir la persona, quien cuenta con un derecho subjetivo, quien podrá ejercerlo de manera excesiva o también llamado de forma antisocial, dicha conducta se da cuando en el ejercicio de un derecho no se llega a respetar ese genérico deber del individuo frente a los intereses de los demás, ya que se violenta el ámbito externo que existe en una relación jurídica subjetiva.

La doctrina ha establecido ciertos criterios para evidenciar cuando nos encontramos ante una conducta antijurídica; uno de ellos, es el criterio subjetivo, donde se configura el abuso de derecho cuando se llega a realizar sin ningún interés legítimo y con la intención de perjudicar a un tercero. Dicho elemento es muy difícil de probar, ya que como se podrá demostrar la intención de dañar teniendo en cuenta que en la realidad existe distintos tipos de intereses.

Dentro del criterio subjetivo sobre las conductas abusivas, se encuentra la inmoralidad social, ya que, para aplicar la teoría general del abuso de derecho, es la moral social la que deberá ser aplicada, cuando el uso de un derecho legal se transforma en abuso cuando se hace un uso contrario a la moralidad. Asimismo, sería necesario indicar los criterios de determinación de las conductas abusivas que van a combinar con el aspecto subjetivo y objetivo generando, de ello un criterio mixto o también llamado ecléctico.

Los titulares del derecho subjetivo, son personas que ostentan dicha calidad, por lo que son portadores de todos los derechos que el ordenamiento jurídico le otorgue, también son considerados titulares de derechos las personas jurídicas. Las conductas abusivas son consideradas como ilícitas, ya que se excede de las facultades que el ordenamiento otorgue. Por lo que, creemos que desde que existen las normas legales donde se prohíbe el abuso de

derecho, cualquier acto que vulnere el respeto a los intereses ajenos deben ser considerados ilícitos.

Otra, de las características esenciales que se dan por la teoría general del abuso de derecho, es la necesidad de que exista daño para que una conducta pueda ser considerada antisocial, ante ello consideramos que no es necesario que se configure un daño efectivo, sino que bastaría con que se vea amenazado un interés ajeno, para que pueda ser excesiva una conducta. Por lo tanto, el ejercicio abusivo de derecho, como lo veníamos señalando se configura como el exceso que se comete en el acto mismo, por el que el titular de un derecho subjetivo hace un uso antisocial del mismo.

2.2.1.9. El abuso de derecho en la persona jurídica.

Como lo veníamos indicando, la teoría general tiene por finalidad llegar a evitar el ejercicio abusivo de los derechos netamente subjetivos, la doctrina señala que este tipo de abusos se configura en las personas jurídicas, ya que muchas veces buscan conseguir distintos fines, cuando se crean las normas que posibilitan la configuración de organizaciones colectivas o en casos excepcionales buscan generar perjuicio atentando contra la moral social.

Por cuanto nuestro ordenamiento positivo a adoptado expresamente la figura que ciertas personas, puedan crear organización que podrían actuar mediante una capacidad autónoma de sus miembros, teniendo la facultad de emitir su propia voluntad jurídica, teniendo su propio patrimonio, que responderá por las deudas en el desarrollo de sus actividades. Bajo ese estándar, nuestra “Constitución Política del Perú en el artículo 2 numeral 13”, considera al derecho de asociación como un derecho fundamental, por lo tanto, es un derecho subjetivo que posibilita formar personas jurídicas, que estarán facultadas de desarrollar actividades lícitas.

Sin embargo, cuando se tergiversa el derecho subjetivo, excede su límite que debe imponer una situación jurídica subjetiva, es decir, cuando se llegue a vulnerar intereses que son ajenos al titular de un derecho subjetivo, se ingresa en el campo de lo ilícito; por lo tanto,

cuando se utiliza el termino abuso de derecho a través de personas colectivas, son quienes abusan de este derecho que es otorgado por el ordenamiento positivo de forma expresa, así como de las reglas que son aplicables para el ejercicio de este derecho.

Según Boldo (1993) indica que: “Cuando manifiesta que la persona jurídica por sí misma no constituye un derecho subjetivo, en tal sentido no cabe aplicarle la teoría que sanciona el ejercicio abusivo de los derechos (...)” (pp. 288-294).

No estamos de acuerdo, con lo que señala el jurista Boldo, ya que los actos que realizan las organizaciones colectivas, pueden ser abusivos, ya que el ordenamiento jurídico como sabemos considera a la persona, el fin último del derecho; pero, también prohíbe y sanciona las conductas que no están de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento, por lo que consideramos que las asociaciones, son los que muchas veces abusan del derecho subjetivo del cual son parte, por lo que desvían los fines.

A modo de conclusión, podemos indicar que nuestro ordenamiento legal, establece de forma expresa los límites, para desarrollar las conductas excesivas en perjuicio de intereses ajenos. En ese sentido, la “Constitución Política del Perú en el artículo 103, en el último párrafo”, indica que la carta magna no ampara el abuso de derecho, en ese mismo sentido en el Título Preliminar en el artículo II del Código Civil, se establece que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho, al demandar indemnización o cualquier otra pretensión, la parte interesada podrá solicitar las medidas cautelares que son apropiadas para evitar o suprimir de forma provisional el abuso.

2.2.1.10. La infracapitalización de la persona jurídica.

Se llega a configurar la infracapitalización de la persona jurídica, cuando dicha persona o asociación no cuenta con los medios económicos suficientes, para cubrir las obligaciones que generan las actividades que realiza en el desarrollo de su objeto asociativo, pero se tomará en cuenta los criterios para determinar el tipo de actividad que realiza. Asimismo, el patrimonio

de la persona jurídica puede estar integrado por bienes que son capital de la asociación, pero también desde cuando se constituye como persona de derecho independiente de sus miembros, podrán adquirir bienes propios que son parte del patrimonio netamente personal.

Según Massaguer (1994) indica que la infracapitalización es:

Un doble fenómeno relativo a la financiación de una sociedad de capitales por parte de sus socios; de una parte, la insuficiencia de los medios adoptados por los socios en concepto de capital riesgo para cubrir las exigencias financieras de la empresa social; y de otra, la sustitución de aportación de capital de riesgo por préstamos efectuados por los socios a la sociedad (...). (p. 943).

Esta definición, dada por el doctrinario posee dos clases de infracapitalización; la primera, la infracapitalización material, que se desarrolla cuando los asociados aportan un capital ínfimo a la persona jurídica, el cual posibilita que se pueda desarrollar según a la actividad que fue creada; mientras que la segunda, la infracapitalización nominal, se da cuando las organizaciones colectivas tienen aquellos recursos para desarrollar sus actividades, pero es necesario indicar que dicho recurso no proviene de un capital social suficiente, sino de un acto de financiación, provenientes de los asociados o terceras personas, adquiriendo la calidad de acreedores de la persona jurídica.

2.2.1.10.1. Infracapitalización material.

La infracapitalización material, es lo que se puede desembocar con facilidad en una situación de insolvencia, de donde en definitiva el riesgo de la empresa social es asumido por los acreedores sociales y no por los socios, es decir, es aquella insuficiencia de los medios contribuidos por los socios por concepto de capital riesgo, que servirá para cubrir las exigencias financieras de la empresa social.

Desde nuestro punto de vista, la “infracapitalización material” de una persona jurídica, es aquel mecanismo mediante el cual las personas lo utilizan para cometer abusos y fraudes,

es por ello, que se debe solucionar mediante la imposición legislativa de un capital social mínimo; en base, a los criterios que fueron establecidos, es decir, a la actividad desarrollada, por el nivel que fue creado y sobre todo las obligaciones contraídas en términos contables.

Por lo tanto, la solución para el supuesto de la “infracapitalización material” es de carácter netamente legislativo, es necesario, indicar que el patrimonio tiene un carácter viable, es decir, el patrimonio que posee la persona jurídica se alterará según las actividades que se realice, por lo que, no tendrá mayor relevancia, ya que no cumple lo que establece la ley, por lo que se produciría un acto contrario al ordenamiento jurídico y en consecuencia la constitución de la persona jurídica sería nula.

Según Mispireta (2018) indica que: “Ha resaltado la gran dificultad para determinar los criterios de aplicación de una norma que prohíba expresamente la infracapitalización material, señalando además que ésta generalmente se presenta junto a la infracapitalización nominal y que existen mecanismos suficientes de mercado (...)” (p. 110).

Las aplicaciones de los criterios, solo serían efectuadas por los grandes acreedores, quienes mediante ciertos mecanismos de mercado podrán verificar de forma eficaz el patrimonio de la persona jurídica y de ser el caso se podrá exigir la aplicación de ciertos requisitos. No es igual, cuando son pequeños los proveedores, acreedores extracontractuales o el propio Estado, quienes no están en posición de verificar la situación patrimonial de la persona o pueda resultar exitosa.

2.2.1.10.2. Infracapitalización nominal.

La “infracapitalización nominal”, se da cuando los socios realizan un aporte insuficiente desde el punto de vista financiero, para luego conceder alguno, algunos o todos ellos un préstamo a la sociedad a fin de arremeter la empresa social de préstamos que, siendo de los primeros contratos que la sociedad realiza y estando en la mayoría de las ocasiones garantizados con hipotecas sobre los inmuebles sociales, cuya adquisición han posibilitado, serán preferentes al

resto de los créditos de los acreedores sociales, de donde una vez más sobre éstos recaerá el riesgo de la empresa social y no sobre los socios que, llegado el caso, podrán ejecutar las garantías reales y recuperar así su inversión.

Por lo tanto, la sociedad dispone de fondos suficientes para que pueda llevar a cabo su objetivo, es decir, su capital de explotación, pero es necesario precisar que estos fondos están prestados a la sociedad por los socios o por terceros, por encargo de los propios socios y los que no aportan con capital, toda vez que, si la sociedad va mal o quiebra, los socios tendrán la facultad de recuperar las inversiones que realice.

Al estar regulada, la infracapitalización en el ordenamiento normativo de un capital asociativo mínimo, por lo que ya no sería necesario aplicar una infracapitalización nominal, ya que la persona jurídica, estaría dotada de un capital suficiente que resguarde la actividad que realizó y el riesgo creado por la misma. Pero también, puede darse el caso que una persona jurídica a pesar de tener con esta dotación patrimonial mínima, ejecute operaciones comerciales o asuma obligaciones por montos mucho mayores, que los presupuestos por las normas que fijan un capital mínimo, por lo cual igualmente puede obtener financiamiento de sus miembros o de terceros allegados.

Es necesario, tener en cuenta que en el caso de la “infracapitalización nominal”, no es suficiente que los hechos de las operaciones, sean cotejadas a la cobertura de los riesgos por las actividades que ofrece el capital asociativo, ni que los asociados o terceros vinculados, hayan financiado a la organización; por lo tanto, la doctrina mayoritaria indica que lo que se debe verificar no es el patrimonio íntegro con que cuentan, las personas jurídicas sino solamente el capital, ya que sirve como garantía de hecho a los acreedores de la organización colectiva. En consecuencia, en los casos de infracapitalización nominal, consideramos que las personas que están asociadas son los que abusan o defraudan a terceros, mediante la

responsabilidad limitada que podrá ser otorgada a la persona jurídica juntamente a sus miembros.

Las dos clases de infracapitalización expuestas apuntan entorno a las claves, tales como, la formación de un capital de riesgo suficiente y la legitimidad de la responsabilidad limitada de las asociadas, ante la insuficiencia de dicho capital, sino que la solución al problema que existe de infracapitalización nominal, haya sido el aplazamiento legal de los créditos en materia fundamentalmente concursal.

2.2.1.11. Incumplimiento del respeto de intereses ajenos.

En el incumplimiento del respeto de intereses ajenos, la doctrina comparada viene reconduciendo el problema de la infracapitalización nominal, al ámbito de fraude de la ley, y al empleo abusivo de la institución del contrato de préstamo, quedando de esta manera confirmada la posición que se tiene respecto del empleo de ambas figuras jurídicas, netamente en aquellos casos de manejo ilegítimo de la persona jurídica. Por lo tanto, va corresponder a los magistrados determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto u otro.

Desde el punto de vista del fraude a la ley, lo que pretenden realizar los miembros de la persona jurídica, a través de la infracapitalización, es poder evadir las normas, las cuales establecen realizar el pago de las obligaciones a terceros, acogiendo a la posibilidad de poder crear una organización colectiva, mediante la cual se otorga cierto préstamo, como sujeto deudor de la relación obligatoria, que está limitado mediante una responsabilidad patrimonial; por lo que, mediante dicha acción las personas jurídicas buscan burlar el deber de pago frente a sus acreedores.

Por otra parte, en el caso de ejercicio abusivo de contratos de préstamos, las personas asociadas y los colectivos, recurren a este negocio jurídico excediendo sus facultades, para celebrar un acto inter partes que puedan tener eficacia vinculatoria y que se pueda generar relaciones obligatorias, es decir, el derecho subjetivo abusivo es esencialmente, la autonomía

negocial, ello en perjuicio de los parámetros morales que deben ser respetados en el contexto social determinado. (Mispireta, 2018, p. 113).

2.2.1.12. Distinción entre fraude a la ley y ejercicio abusivo de derecho.

Las figuras de “fraude a la ley y el ejercicio abusivo de derecho”, ambas desarrolladas en párrafos anteriores, deben ser necesariamente distinguidas de manera doctrinaria, ya que cuando se llega a cometer actos que son antijurídicos, mediante la constitución o las posibles actividades que realicen las personas jurídicas dentro de un determinado contexto.

Según Boldo (1993) indica que: “No se puede aplicar las normas referidas al ejercicio abusivo del derecho, al fraude a la ley y a la buena fe a un mismo tiempo, cuyo supuesto de hecho y consecuencia jurídica son diferentes (...)” (p. 246).

Uno de los casos sobresalientes de abuso y fraude es del señor Walkovsky quien con fecha 21 de mayo del año 2004, fue atropellado por un vehículo de la empresa Sean Cab Corporation, su principal accionista es el señor Carton. Al realizar la investigación correspondiente, la empresa se encontraba infracapitalizada y por ello no podía cubrir los costos indemnizatorios, ya que debía reparar los daños generados al señor Walkovsky.

Desde nuestro punto de vista y del ordenamiento jurídico, el “ejercicio abusivo de la persona jurídica”, como del fraude a través de la misma, se puede solucionar alegando que el derecho subjetivo abusado es el derecho de asociaciones y la posibilidad que las empresas cuenten con cierta limitación; mientras, en el caso del fraude a la ley da la posibilidad de contar con la responsabilidad limitada que va a ser otorgada por la persona colectiva, ante ello, la norma defraudada, sería la que sancione la responsabilidad extracontractual objetiva. Pero, dicha norma defraudada, es de carácter imperativo y que es una norma específica, es por ello que, confirmamos que nos encontramos ante un caso de fraude a la ley, ya que el señor Carton disgregó su patrimonio en varias empresas, sabiendo que dicha actividad que realiza es un riesgo, por ende, debería contar con un capital social adecuado.

Mientras, el ejercicio abusivo de derecho se configura cuando se da un incumplimiento contractual, por parte de una persona jurídica infracapitalizada, por ejemplo, el señor Pedro contrata a una persona jurídica (Manueles S.A.) quien tiene una responsabilidad limitada patrimonial, el contrato realizado es atípico, imaginemos que Manueles S.A., incumple el contrato realizado con Pedro generando un cierto número de perjuicios, si Pedro solicita pedir la indemnización por los daños generados, no se podrá reparar ya que la infracapitalización de Manueles S.A. no permite reparar dicho acto.

Si el señor Pedro, recurre a la figura del fraude a la ley, veremos que no existe una norma especial que configure dicho acto, por lo tanto, consideramos que la conducta excesiva fue el incumplimiento de la obligación que tiene Manueles S.A., en virtud a la capacidad de poder normar sus relaciones jurídicas, formando de esta manera el sinalagma contractual, entonces, concluimos que los que abusaron de dicho derecho fueron los miembros de la empresa, realizando de esta manera un ejercicio abusivo de derecho, mediante la figura de la persona jurídica infracapitalizada.

2.2.1.13. Teoría del levantamiento del velo societario.

En los casos que, un conjunto de personas crea una persona jurídica, para realizar actividades en común y que pueda ser utilizada con fines perjudiciales a terceros ajenos a la sociedad, es decir, realizar conductas contra la moral social y que se escudan con la responsabilidad limitada y con la posibilidad de crear un nuevo sujeto de derecho, con la finalidad de cometer abuso y fraude con la persona jurídica.

En este contexto, se aplica la teoría del “levantamiento del velo societario”, a fin de desestimar la personalidad jurídica o penetrar el velo corporativo con lo que se daría solución en los casos que se ha producido un uso antisocial de la organización colectiva.

Al respecto, Dobson (1985) acerca de levantamiento del velo societario señala: “remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o

asociación con que se haya revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. (p. 11).

Por otro lado, Álvarez (1997) señala:

Un procedimiento complejo de carácter bifásico, que a primera vista muestra una cierta similitud con la labor médica de diagnóstico-tratamiento; así, en un primer momento, el juez levanta el caparazón social, sin saber, *a priori*, lo que va a descubrir, e inmediatamente, diagnostica, esto es, constata la existencia o no de patología, de abuso de personificación. A la vista de la persona jurídica desvelada, resuelve si debe “penetrar” el velo levantado, o lo que es lo mismo “desenmascarar” a quienes actuaban a su sombra en perjuicio de intereses y derechos ajenos; o si, por el contrario, al no existir anomalía de ninguna clase, debe respetar el hermetismo patrimonial de la entidad sujeta a su examen. (p.p. 18 y 19).

Asimismo, De Ángel afirma:

Técnica judicial consistente en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, “levantar su velo” y así examinar los reales intereses que existen o laten en su interior. En suma, adentrarse en el seno de la persona jurídica (*su substratum*), para de ese modo poner coto a los fraudes y abusos que por medio del “manto protector” de la persona jurídica se pueden cometer. (p. 44).

Lo señalado por los autores, sobre el levantamiento del velo societario como solución a los abusos y fraudes que se pueden cometer mediante la persona jurídica, se aplican cuando las personas que recurren a esta forma jurídica corporativa lo realizan apartándose de los fines y espíritu que tuvo presente el legislador, sobre los derechos, obligaciones y responsabilidades que deben tener los socios al constituir una persona jurídica, sin tomar en cuenta la personalidad jurídica que sirve para defraudar,

modificando las reglas de imputación de ciertas consecuencias jurídicas que normalmente se le atribuye a la organización colectiva.

2.2.2. El capital asociativo de las personas jurídicas.

2.2.2.1. La legislación societaria en el Perú.

2.2.2.1.1. Historia legislativa.

La “Ley de Sociedades Mercantiles surge el 27 de julio de 1966, mediante Ley N° 16123 y mantenía concordancia con el Código Civil de 1936. Luego, en 1984 se promulgó la Ley General de Sociedades, mediante el Decreto Ley N° 311 y modificada por el Decreto Supremo N° 003-85-JUS del 13 de mayo de 1985”, el mismo que genera al Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades.

Se realizaron cambios importantes en el campo empresarial y en el contexto económico; sin embargo, en 1994 la legislación societaria peruana, era ineficiente ante tal cambio, ya que tenía más de 28 años de vigencia y no era concordante con la realidad empresarial y económica.

En 1984 se expidió el “Código Civil”, el mismo que no reguló una normativa de la sociedad civil como modalidad contractual; de igual manera, se dieron dos Constituciones la de 1979 y 1993, en las que se incorporó una concepción moderna de la economía, a través de la economía social de mercado; luego, en los años 90 se emitieron una serie de normatividad legislativa a fin de promover las inversiones, en las que se tomó en cuenta, el contrato ley, la transparencia del mercado, la igualdad de oportunidades, la libertad de empresa, la libre competencia y la actuación subsidiaria del Estado.

En este contexto, era importante el cambio de la obsoleta normatividad societaria, tomando en cuenta la globalización económica, el auge del mercado de valores y el desarrollo empresarial.

Después de más de dos años de trámite, el 09 de noviembre de 1997, fue publicado el texto de la “Ley General de Sociedades, mediante Ley N° 26887”, actualmente vigente.

2.2.2.1.2. Apreciación crítica.

Al respecto, Echaiz (2018) afirma: “Realmente se produjo un cambio al dictarse la nueva LGS, cambio que no solamente es cuantitativo (...), sino (y por, sobre todo) un cambio cualitativo, (...) y el empleo de una adecuada técnica legislativa” (p. 43).

La actual “Ley General de Sociedades”, es importante, ya que tiene concordancia con las más destacadas en el derecho comparado, además, de encontrarse de forma congruente con la propia realidad, sin llegar a importar legislación errada; sin embargo, desde 1997, la realidad empresarial y económica ha ido cambiando, por lo que, es necesario detectar algunos errores que pueden perjudicar a terceros, por lo que, es necesario ineludibles modificaciones legislativas en el momento oportuno.

2.2.2.1.3. Innovaciones significativas.

Las innovaciones más importantes que se efectuaron desde 1997 en la “Ley General de Sociedades” se encuentran en el derecho de separación, los estados financieros, el dividendo obligatorio, la sociedad anónima cerrada, la sociedad anónima abierta y las sucursales.

2.2.2.1.3.1. El derecho de separación

Echaiz (2018) indica: “El art. 200 de nuestro texto legal societario consagra el derecho de separación como un mecanismo que tiende a la protección del socio que ya no desea seguir perteneciendo a la sociedad (...). (p. 43).

El derecho de separación, es importante porque si en una sociedad conformada según la Ley General de Sociedades, se adoptan acuerdos que varían las reglas de juego inicial; entonces, el socio protege sus intereses y puede separarse de dicha sociedad, cuando por ejemplo, existen acuerdos como el cambio del objeto social de la sociedad, o el traslado del domicilio al extranjero, o la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o a la modificación de las existentes y además, en los casos que establece la ley o el estatuto, por lo que existe varios supuestos del derecho de separación.

2.2.2.1.3.2. Los estados financieros.

Al respecto, Echaiz (2018) señala: “(...). Pues bien, el art. 223 del mismo texto jurídico estipula que los estados financieros se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados en el país. (...). (p. 44).

Lo señalado por el autor, se encuentra en la cuarta disposición final de la “Ley General de Sociedades”, ya que se debe entender dentro del concepto de estados financieros tanto al balance general como también al estado de ganancias y pérdidas, con esta dación se superó a la técnica legislativa de la ley anterior donde se trataron ambos elementos de forma separada.

Lo más resaltante, es que, actualmente dentro de los principios de contabilidad se comprenden a las Normas Internacionales de Contabilidad (NICs), las que fueron oficializadas mediante resoluciones del Consejo Normativo de Contabilidad, además, se complementa que en circunstancias que, cuando determinados procedimientos operativos contables no estén normados por el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB), se podrán aplicar supletoriamente los principios de contabilidad de los Estados Unidos de Norteamérica (USGAAP).

2.2.2.1.3.3. El dividendo obligatorio.

Al respecto, Echaiz (2018) señala: “Suele ocurrir que en la sociedad exista un (entendible) conflicto de intereses entre los socios minoritarios por el dividendo y los socios mayoritarios que buscan reforzar el patrimonio de dicha sociedad (...)”. (pp. 44-45).

Efectivamente, los socios minoritarios son aquellos que buscan alcanzar las rentas o solamente persiguen el retorno de su inversión, en cambio, los socios mayoritarios buscan el desarrollo económico de la empresa, por medio de la constitución de reservas o el incremento del capital con sus utilidades.

Es por ello que, se tiene que buscar la obligatoria distribución de dividendos en dinero hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuible de cada ejercicio, para luego ser detráído el monto que debe aplicarse a la reserva legal, así lo prescribe el artículo 231 de la “Ley General de Sociedades” pero, tiene que ser a solicitud de accionistas que representan por lo menos el veinte por ciento del total de las acciones suscritas con derecho a voto y esto es un mecanismo de protección a los socios minoritarios.

2.2.2.1.4. *La sociedad anónima cerrada.*

A partir de 1997, en nuestra legislación se instauró una nueva institución jurídica, denominada la sociedad anónima cerrada, por lo que Echaiz (2018) afirma: “La empresa familiar está presente en la realidad peruana, como también lo sigue estando en el contexto mundial. (...)”. (p. 45).

En este contexto, la sociedad anónima cerrada, está destinada a establecer los vínculos familiares como un camino para el crecimiento económico de un país, es por ello, que es exigencia de las empresas familiares que continuamente estén mejorando su actuación, ya que conviven con modernas tendencias corporativas que tienen como objetivo la agilización del mercado y el tráfico mercantil.

Es por esta razón, que las empresas familiares tienen una naturaleza cerrada, porque su estructura se encuentra destinada solo para los integrantes de la familia sin responder a un criterio profesional.

La sociedad anónima cerrada, tiene una mixtura entre el *intuito personae* con el *intuito pecuniae*, es decir la mixtura de una sociedad capitalista con rasgos personalistas o viceversa.

Otra característica de la sociedad cerrada, es que carece de directorio, por lo que sus funciones deben ser dirigidas por el gerente general, así se encuentra estipulado en el artículo 247 de la Ley General de Sociedades.

2.2.2.1.5. La sociedad anónima abierta.

Mediante la sociedad anónima abierta, se instaura el mercado de capitales de la gran empresa y el financiamiento bursátil, con la finalidad de recurrir al ahorro público para financiarse, es por eso que Echaiz (2018) señala: “(...) es menester subrayar el carácter obligatorio de su calificación, por lo que la sociedad anónima es abierta *iure et de iure*” (p. 46).

Sin embargo, podemos señalar que la sociedad anónima abierta, también puede tener el carácter facultativo y voluntario en cuanto al carácter obligatorio de su calificación, pero se debe reconocer que el “artículo 249 de la Ley General de Sociedades”, ha cubierto, con la creación de la sociedad anónima abierta, un espacio vacío en la legislación societaria anterior.

2.2.2.1.6. Las sucursales.

Al respecto, el “artículo 396 de la Ley General de Sociedades”, define a la sucursal: “como todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, un lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social, estipulándose claramente que carece de personería jurídica independiente de su capital”.

El artículo 36 de la normatividad societaria vigente, se encuentra en concordancia con el desarrollo de una mayor presencia empresarial para el mecanismo del crecimiento corporativo; entonces, la sucursal aparece con la finalidad de dar respuesta a las necesidades de organización y gestión de negocio societario, las grandes empresas tienen que desconcentrar la gestión gerencial y descentralizarlo a la sucursal para que se cumpla con el propósito trazado.

2.2.2.2. La sociedad de un solo socio.

Echaiz (2018) al tratar sobre la sociedad de un solo socio señala: “La sociedad implica, por definición la reunión de dos o más personas porque si solo hubiera un titular, mal podría hablarse de sociedad y, por ende, de socio. (...)” (p. 52).

La legislación actual establecida mediante la “Ley General de Sociedades, publicada el 9 de diciembre de 1997, aprobada por Ley N° 26887” y la empresa individual de

responsabilidad limitada, mediante el Decreto Ley N° 21621 prescribe: “La sociedad se constituye cuando menos por dos socios” (artículo 4 de la Ley General de Sociedades).

Por lo tanto, en nuestro país, no existe legalmente sociedades con un solo socio; sin embargo, fácticamente se puede advertir la existencia de una sociedad con un solo socio, porque no hay impedimento que una sociedad pueda conformarse con un socio mayoritario con el 99.00 % y el minoritario con 1%, y eso lo podemos apreciar como lo señala Echaiz (2018) de la siguiente manera:

(...), sino veamos que el socio controlador de Industrias del Espino, filial del Grupo Palmas (a su vez, integrante el Grupo Romero), es Palmas del Espino con el 99.80 %; de Calcios del Pacífico Sur, empresa miembro del Grupo Milpo, es también subsidiaria Compañía Minera Atacocha con el 99.98 %; y de CRESKO, integrante del Grupo Ferreyros, es su empresa de bandera Ferreyros con el 99.99%. (...). (p. 53).

Entonces, en nuestra realidad existencial, podemos encontrar sociedades con un solo socio, siendo el socio minoritario con el 0.1 % el gerente general, o alguna persona de confianza vinculada a dicha empresa.

Es más, en algunos casos una persona natural, puede constituir una empresa individual de responsabilidad limitada, siendo su único titular y, con dicha figura de persona jurídica, posteriormente puede constituir una sociedad, ya que la sociedad se constituye por lo menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas, según lo señala el “artículo 4 de la Ley General de Sociedades”, por lo que se presenta una vez más en la práctica una sociedad con un solo socio; es por eso, que es necesario modificar la Ley General de Sociedades en este sentido para no afectar el espíritu de la ley, que prohíbe que una sociedad tenga un solo socio, para evitar lagunas jurídicas.

2.2.2.3. La junta general de socios.

2.2.2.3.1. La organización corporativa societaria de gobierno.

Al respecto Echaiz (2018) señala: “Toda institución que anhela cumplir sus objetivos de manera eficiente, es decir, minimizando los costos y maximizando los beneficios debe estructurarse en base a un gobierno adecuado y claramente esbozado. (...)” (p. 64).

Según el autor, para que se cumpla el anhelo de toda institución societaria, es necesario que cuente con una estructura de gobierno que tenga como columna vertebral a la junta general de socios, el directorio y la gerencia, estructura que se adopta en la mayoría de sociedades del mundo y que trae máximos beneficios.

Al respecto De Trazegnies (1978) afirma:

Cuando una institución humana, creada por el hombre al servicio del hombre, comienza a escribir su nombre con letras de molde, cuando una institución humana cristaliza, se abstrae de la historia que le dio origen y pretende ser un valor universal, entonces hay algo que se quiebra y que se pierde: nuestra capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas. (p. 104).

Ante lo mencionado por el autor, se debe superar la capacidad inventiva frente a situaciones nuevas y con sorpresa se evidencia muestras de capacidad inventiva, actualmente se ha desarrollado, como por ejemplo creando las acciones sin derecho a voto, la junta universal, el directorio facultativo, los contratos de gerenciamiento, las sesiones no presenciales, la sindicación de acciones y las prácticas de gobierno corporativo, son algunos ejemplos de capacidad inventiva. (Echaiz, 2018, p. 65).

2.2.2.3.1.1. La junta general de socios.

Según Echaiz (2018) define: “La junta general de socios es el órgano supremo de la sociedad; éste es, prácticamente, un axioma jurídico. (...)” (p. 65).

Esta figura societaria, es trascendente ya que, le da la oportunidad a los socios de participar en el desarrollo del negocio, mediante el voto que es el más importante derecho político en un Estado moderno democrático, que debe estar presente en las sociedades modernas, es por ello, que la sociedad debe concordar con un Estado moderno, por supuesto en menor grado de escala y orden de ideas, es por eso, que surge la junta general de socios que manifiestan su voluntad mediante el voto, con participación directa y fiel representación.

Se debe precisar, que es necesario diferenciar las sociedades personalistas conformadas por sociedad de personas y las sociedades capitalistas conformadas por sociedades capitales, ambos son sociedad civil; la primera, puede ser un estudio de abogados y; la segunda, a través de una sociedad anónima como una empresa de aguas gaseosas reconocidas, por ejemplo el estudio de abogados tiene representado su capital social a través de participaciones, en cambio, la empresa de aguas gaseosas reconocidas tiene representado su capital a través de acciones, que son consideradas como títulos valores que son de fácil negociabilidad; por lo tanto, es sencillo reconocer a la junta general de accionistas cuando su sociedad se encuentra manejada con acciones y los titulares son los accionistas, pero no será junta general de accionistas cuando la sociedad cuenta con participaciones y sus titulares son participacionistas, por lo que se denominará junta general de participacionistas, ambas figuras conforman el nombre genérico de junta general de socios.

2.2.2.3.1.2. El directorio.

Al respecto Echaiz (2018) señala: “(...). Es el directorio el órgano colegiado que dicta las medidas pertinentes para la marcha del negocio y, siguiente con nuestro símil del Estado anteriormente explicado, su homólogo sería el Poder Legislativo.” (p. 66).

El directorio, es el encargado en administrar la sociedad en funciones generales y como funciones específicas corresponde a la gerencia. Sin embargo, es aconsejable establecer el directorio de manera facultativa en sociedades cerradas, ya que son familiares de un reducido

número de socios que participan de forma directa en la administración de la sociedad, es por ello, que la Ley General de Sociedades vigente en nuestro país, autoriza a las sociedades anónimas cerradas que puedan prescindir del directorio, por lo que las funciones en este caso serán asumidas por el gerente general.

2.2.2.3.1.3. La gerencia.

Existe otra entidad encargada de administrar a la sociedad, que en este caso es la gerencia, que puede estar compuesta por una o más personas, estos pueden asumir la dirección diaria de la sociedad, ejecutando las decisiones emitidas por la junta general de socios y el directorio.

Al respecto Borja (1997) precisa: “(...), empiezan a celebrarse contratos de gerencia corporativa, surgen empresas de gerenciamiento profesional, se admite la posibilidad que una persona jurídica ejerza el cargo de gerente, los tecnócratas se fortalecen.” (p. 918).

De conformidad a lo mencionado por el autor, la gerencia como órgano societario importante y de acuerdo a la evolución de la gestión societaria, la gerencia asume un rol eminentemente fundamental en la organización societaria, a fin de que esta pueda celebrar contratos de gerencia corporativa.

2.2.2.3.2. Los inversionistas según la teoría de los grupos de interés.

Echaiz (2018) afirma: “(...), la teoría de los grupos de interés sostiene que, alrededor de la empresa, existen diversos intereses que se ven afectados positiva o negativamente con la actuación empresarial, los mismos que suelen presentarse no aislada sino colectivamente; (...)” (p. 67).

Existen diversos intereses alrededor de la empresa que colectivamente son denominados *stakeholders*, entre los que podemos encontrar a los trabajadores, a los acreedores, a los inversionistas, a los consumidores y usuarios, asimismo, a la comunidad y al Estado.

Es preciso señalar que, también se puede advertir en este tipo de grupos de interés vulneración de derechos, como el cese colectivo laboral por razones económicas, la protección de los créditos en las empresas insolventes, la responsabilidad social de una empresa en las prácticas de elusión por medio de empresas *off-shore* en paraísos fiscales, por lo que requiere una constante actualización para evitar estas conductas.

2.2.2.3.2.1. Los inversionistas mayoritarios.

Según Echaiz (2018):

Cuando se alude al inversionista mayoritario lo común es pensar en aquel que detenta una alta participación en el capital social (como el 85%), mejor aún, la totalidad de éste (el 100%), aunque esto último configura una excepción porque la pluralidad de socios impide, en principio, la titularidad absoluta de una sola persona. (p. 68).

Los inversionistas mayoritarios, son los que pretenden dirigir el desarrollo de la sociedad, interviniendo en las decisiones, tomar el control corporativo y conservarlo, lo que desean es el logro de beneficios económicos ya trazados.

Con el surgimiento de grandes sociedades se viene produciendo una especie de atomización del capital social; sin embargo, se puede presentar un accionariado aparentemente mínimo, por ejemplo 15%, pero que este puede controlar y dirigir una sociedad, si el resto de acciones que compone el 85%, se encuentra en manos de 3,000 socios. Echaiz (2018) señala: “(...) éste es el caso, por ejemplo, de Telefónica, la matriz del Grupo Telefónica, en la cual el control corporativo lo ejerce el BBVA con menos del 6%, lo cual se explica por la atomización del capital social al tener cerca de 2'000,000 de socios.” (p. 68).

2.2.2.3.2.2. Los inversionistas minoritarios.

Los inversionistas minoritarios, tienen el propósito de la obtención de un beneficio económico de la sociedad de forma inmediata, les importa el retorno de su inversión, no

importando el futuro de la empresa porque, su permanencia es momentánea ya que, luego buscan una nueva sociedad para invertir.

Sin embargo, los inversionistas minoritarios gracias a sus capitales hacen posible que el negocio se realice ya que, esos pequeños aportes que son de muchos inversionistas minoritarios hace posible dicha actividad. En este caso, la “Ley General de Sociedades” les otorga los derechos correspondientes como por ejemplo el de convocar a junta general de accionistas, impugnar acuerdos, percibir utilidades líquidas, accionar contra el directorio, solicitar auditorías externas o especiales y separarse.

2.2.2.3.2.3. Los inversionistas institucionales.

Estos inversionistas pueden ser mayoritarios o minoritarios, que tienden a conformar parte importante de la economía nacional y el marco de las inversiones, el capital invertido pertenece a un público masivo siendo el riesgo mucho más grande, por ejemplo, las administradoras de fondo de pensiones y de fondos mutuos.

2.2.2.3.3. La junta general de socios en la legislación societaria.

Al respecto Echaiz (2018) señala: “La junta general de socios es el órgano supremo de la sociedad y todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados (art. 111)” (p. 70).

La junta general de socios, se reúne por lo menos una vez al año de forma obligatoria, es lo que se conoce como junta obligatoria anual, además se reúne por mandato de la ley como, por ejemplo, para considerar el proyecto de fusión o como cuando lo establece el estatuto a fin de tomar acuerdos acerca del interés social cuando se incorporan al mercado empresas competidoras, de manera que adoptan estrategias corporativas. Asimismo, cuando lo solicite por lo menos el 20% de las acciones con derecho a voto.

Las juntas generales que no sean obligatorias, pueden reunirse para remover a los miembros del directorio y a la vez designar a sus reemplazos, pueden modificar el estatuto

social y fundamentalmente aumentar o reducir el capital social, por ejemplo, en el caso de una fusión por absorción o de una escisión por segregación. Las convocatorias aseguran el derecho de información de los socios para la protección de sus inversiones, asimismo los acreedores societarios tienen derecho de oponerse ante una fusión o escisión, es por ello que la convocatoria se debe publicar por lo menos diez días antes de ésta.

Si se encuentran presente el 100% de los socios, se denomina junta universal de socios, tienen derecho a concurrir los socios titulares con derecho a voto, al que pueden asistir los directores y el gerente general que no sean socios y otras personas que tengan interés en el desarrollo de los asuntos sociales. La presidencia de la junta general de socios y el gerente general son los que tienen a cargo la presidencia y la secretaría, respectivamente; los acuerdos, se encuentran contenidos en acta expresa conforme lo establece la ley, de manera que procede la impugnación judicial de los acuerdos adoptados, que sean contrarios a la “Ley General de Sociedades”, al Estatuto Social o al Pacto Social o que lesionen el beneficio de los accionistas; se debe precisar, que no procede impugnación cuando se trata de un acuerdo que haya sido revocado por otro como lo dispone la Ley.

2.2.2.4. La reducción del capital social.

Es necesario determinar si la reducción del capital social se puede efectuar para que la sociedad pueda adquirir sus propias acciones y si este derecho de separación ocasiona una reducción del capital social, en la que los acreedores pueden oponerse a una futura reducción del capital social entre otros aspectos.

2.2.2.4.1. Los efectos de la adquisición por la sociedad de sus propias acciones.

El artículo 104 de la Ley General de Sociedades establece: “La sociedad puede adquirir sus propias acciones con cargo al capital únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción del capital adoptado conforme a ley”.

“Cuando la adquisición de las acciones se realice por un monto mayor al valor nominal, la diferencia solo podrá ser pagado con cargo a beneficios y reservas libres de la sociedad”.

La interpretación al presente artículo, es que la sociedad tiene la posibilidad sobre la adquisición de sus propias acciones para amortizarlos, sin reducir el capital y sin el reembolso del valor nominal al accionista, pero si, se le hará entrega de títulos de participación con derecho a percibir un porcentaje de las utilidades distribuibles de la sociedad, los títulos en este caso que se les entrega a cambio son nominativos y transferibles.

Existen supuestos para que la sociedad pueda adquirir sus propias acciones y entre uno de ellos la adquisición que se realice para evitar un grave daño, por lo que deben transferirse en un plazo no mayor de dos años; asimismo, para amortizar sin reducir el capital a fin de incrementar el valor nominal de las demás acciones.

Además, la sociedad puede adquirir sus acciones a título gratuito, sin amortizar o amortizando las acciones, uno de los supuestos que se puede indicar es que la adquisición se hará a prorrata entre los accionistas, salvo que se adquieran para evitar un daño grave.

Echaiz (2018) señala:

Igual sucede si recurrimos al cuarto párrafo del mencionado art. 104 de la norma societaria que comprende cuatro supuestos: primero, cuando se incrementa proporcionalmente el valor nominal de las acciones restantes; segundo, cuando se entregan títulos que otorgan participación en las utilidades; tercero, cuando se procura evitar un daño grave; y, cuarto, cuando la finalidad es mantener las acciones en cartera. (p. 119).

De conformidad a lo mencionado, no es posible que se reduzca el capital social ya que, al adquirir sus propias acciones estas brindarán beneficios y reservas libres. De igual manera, no es posible reducir el capital social por la adquisición de acciones a título gratuito para la sociedad.

Al respecto, podemos resaltar la jurisprudencia contenida en el fallo de la resolución N° 213-99-ORLC/TR de fecha 26 de agosto de 1999, que señala: “Sexto, en consecuencia el reembolso del valor de las acciones no genera necesariamente una reducción del capital, puesto que las acciones pueden no ser amortizadas, en cuyo caso no deben venderse o mantenerse en cartera por un plazo no mayor de dos años y, en caso de ser amortizadas pueden ser adquiridas por la sociedad con cargo a beneficios y reservas libres; en caso de ejercicio del derecho de separación de un accionista, la junta general deberá entonces acordar si se amortizarán o no las acciones y, en el primero de los casos, si se reducirá el capital o se incrementará proporcionalmente el valor nominal de las demás acciones”.

2.2.2.4.2. Los efectos del ejercicio del derecho de separación respecto al capital social.

El derecho de separación se encuentra prescrito en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades que señala:

“La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad”:

1. “El cambio del objeto social”;
2. “El traslado del domicilio al extranjero”;
3. “La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes”; y,
4. “En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto”.

(...).

“La sociedad debe efectuar el reembolso del valor de las acciones en un plazo que no excederá de dos meses contados a partir de la fecha del ejercicio del derecho de separación. (...)”.

“Es nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio”.

Como se puede apreciar de la norma antes indicada, existen supuestos de separación entre las que se encuentra causales legales y causales estatutarias; sin embargo, también se debe considerar que mediante acuerdo de junta de socios se puede aplicar el derecho de separación siendo obligatorio la modificación del estatuto social a fin de incorporar dicha causal. El ejercicio de este derecho tiene como resultado el reembolso al socio del valor de sus acciones por lo que este hecho viene a ser una de las modalidades de reducción del capital social.

El “artículo 217 de la Ley General de Sociedades”, establece las formalidades para la reducción del capital social y señala lo siguiente:

“El acuerdo de reducción del capital debe expresar la cifra en que se reduce el capital, la forma cómo se realiza, los recursos con cargo a los cuales se efectúa y el procedimiento mediante el cual se lleva a cabo”.

“La reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario o por sorteo que debe aplicar por igual a todos los accionistas. Cuando se acuerde una afectación distinta, ella debe ser decidida por unanimidad de las acciones suscritas con derecho a voto”.

“El acuerdo de reducción debe publicarse por tres veces con intervalos de cinco días”.

Es necesario que se cumplan con las formalidades legales para la reducción del capital social, porque estas constituyen garantías mínimas para el acreedor, a fin que pueda ejercer su derecho de oposición y también porque la reducción del capital social no es una consecuencia necesaria del ejercicio de separación. Entonces, la reducción del capital social surgirá cuando sea con cargo a dicho capital.

2.2.2.4.3. Los efectos del ejercicio del derecho de oposición respecto al capital social.

El derecho de oposición también puede ser ejercido, por los acreedores, así lo dispone el artículo 219 de la Ley General de Sociedades que en su primer párrafo prescribe: “El acreedor de la sociedad, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o plazo, tiene derecho de oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción del capital si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado. (...)”.

El derecho de oposición establecido en la “Ley General de Sociedades” puede ser interpretado de diversas formas, una de ellas es que el acreedor por el hecho de serlo, puede oponerse a la reducción del capital de la sociedad que es su deudora; otra interpretación, es que si el acreedor ejerce el derecho de oposición, la sociedad podrá reducir su capital social, pero antes tendría que cumplir con su obligación frente a su acreedor o garantizar el pago; por último, si se lleva a cabo el pago o la garantía adecuada se suspende la ejecución del acuerdo de reducción del capital social.

2.2.2.5. Alternativas de organización societaria.

La ley N° 26887, “Ley General de Sociedades, publicada el 9 de diciembre de 1997”, establece alternativas societarias a fin de que se puedan organizar las empresas, que pueden ser sociedad anónima ordinaria (S.A.), sociedad anónima cerrada (S.A.C), sociedad anónima abierta (S.A.A.), sociedad colectiva (S.C.), sociedad en comandita simple (S. en C.), sociedad en comandita por acciones (S. en C. por A.), sociedad comercial de responsabilidad limitada (S.R.L.), sociedad civil ordinaria (S. Civil); y, sociedad civil de responsabilidad limitada (S. Civil de R.L.).

2.2.2.5.1. La sociedad anónima ordinaria.

La sociedad anónima tiene un lugar preponderante en la legislación societaria en la que se destaca la sociedad anónima cerrada y abierta, entonces, una sociedad puede recurrir a tres alternativas, conformar, una sociedad anónima ordinaria, cerrada o abierta.

La sociedad anónima ordinaria existe en todas las legislaciones, su nacimiento es voluntario ya que, sus fundadores son los que toman dicha decisión, pero también el nacimiento de esta sociedad deviene de la ley como, por ejemplo, a través de la “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones”, éstas solo pueden constituirse como sociedades anónimas, su característica es que no se exige un número máximo de socios por lo que se puede advertir mayor atomización de su capital social.

Su capital social se representa en acciones de conformidad a lo que señala la Ley de Títulos Valores, que califican dichos títulos y lo destinan a la circulación del mercado, por lo que esta es la principal atracción de la sociedad anónima.

2.2.2.5.2. La sociedad anónima cerrada.

La sociedad anónima cerrada tiene una similitud con la sociedad comercial de responsabilidad limitada, la diferencia más evidente es la representación del capital social mediante acciones para el caso de sociedad anónima cerrada y mediante participaciones para la sociedad comercial de responsabilidad limitada.

El número máximo de socios es de veinte, siendo la responsabilidad limitada de los socios, por lo que es una atracción para las empresas familiares. No procede la inscripción de las acciones en el Registro Público del Mercado de Valores; además, el directorio es facultativo que puede ser sustituido por el gerente general.

2.2.2.5.3. La sociedad anónima abierta.

Este tipo de sociedad surge cuando el número de los socios, es más de 750, sin embargo, puede constituirse con un número menor, pero, lo conveniente es que el capital social sea masificado para cotizar las acciones en la Bolsa de Valores.

La transferencia de acciones, no puede ser limitada bajo ninguna razón o argumento, pero deben inscribirse en el Registro Público del Mercado de Valores que está bajo la supervisión de la SMV. Esta forma societaria es supervisada directamente por el Estado.

2.2.2.5.4. La sociedad colectiva.

Al respecto Echaiz (2018) señala: “La sociedad colectiva es una forma societaria actualmente en desuso por sus características poco atractivas para quien pretenda integrarse como socio” (p. 146).

La sociedad colectiva se puede conformar con dos socios como mínimo, sin un límite en el máximo, su característica personal es que se identifica con un nombre que integra el de todos o de alguno de sus socios, su capital está representado en participaciones que no son considerados como títulos valores por lo que no se transmiten fácilmente como las acciones.

Todos los socios asumen una responsabilidad solidaria e ilimitada, teniendo un plazo fijo de duración, en la administración de esta sociedad se lleva a cabo de forma separada e individual por cada socio, en el caso que se quiera ampliar el plazo de duración, la decisión debe ser unánime, lo mismo para modificar su pacto social o la transferencia de las participaciones.

2.2.2.5.5. La sociedad en comandita simple.

De igual manera Echaiz (2018) señala: “La sociedad en comandita simple es otra de las formas societarias hoy en desuso que muestra como agravante -respecto a la anterior- su complejidad y todo ello parte de diferenciar entre sus socios (...)” (p. 146).

La diferencia de esta sociedad en desuso, es que entre sus socios mantienen la condición de colectivos de los socios comanditarios que pueden sumar su capital representado en participaciones que no son considerados como títulos valores.

De igual manera, la razón social se designa con el nombre de los socios colectivos, su responsabilidad es solidaria e ilimitada entre los socios colectivos, pero limitada en el aporte de los socios comanditarios. Su administración la llevan los socios colectivos y la transmisión de las participaciones en un socio colectivo, es necesaria la unanimidad de los demás socios; sin embargo, si lo efectúa un socio comanditario se requiere la mayoría de los socios colectivos y comanditarios.

2.2.2.5.6. *La sociedad en comandita por acciones.*

Echaiz (2018) afirma: “La sociedad en comandita por acciones está constituida sobre el esquema de la sociedad en comandita simple, (...)” (p. 147).

Esta sociedad mantiene características similares, así como sus defectos que mantiene la sociedad en comandita simple; sin embargo, su capital social está representado en acciones y la transmisión de acciones es libre, no tiene reglas obligatorias en la Ley General de Sociedades.

2.2.2.5.7. *La sociedad comercial de responsabilidad limitada.*

La característica fundamental de esta sociedad, es que puede contar con un mínimo de dos socios y un máximo de veinte, por lo que su naturaleza es cerrada, exclusivamente destinada a empresas familiares, mantiene una denominación social, su capital social en participaciones y los socios tienen responsabilidad limitada al aporte que mantienen, sin embargo, tienen el derecho de adquisición preferente ante el ingreso de terceros.

2.2.2.5.8. *La sociedad civil ordinaria.*

Según afirma Echaiz (2018): “La sociedad civil ordinaria denota el carácter personalista, siendo pues, una sociedad donde prima el *intuito personae*”. (p. 147).

La sociedad civil ordinaria mantiene como fin común un carácter económico mediante el ejercicio personal que puede ser de una profesión, oficio, pericia u otro tipo de actividades de alguno o todos los socios.

La diferencia con otro tipo de sociedades, es que mantiene el elemento personal sobre el elemento capital, así como se puede constituir con dos socios como mínimo y sin un límite máximo, tiene una razón social y su capital representado en participaciones para su transmisión se requiere el consentimiento de los demás socios.

La característica de este tipo de sociedad, es que los socios responderán por las deudas sociales de forma personal y subsidiaria, pueden aplicar el beneficio de excusión, en las proporciones acordadas en su pacto social, que viene a ser igual a la proporción de sus aportes.

Otra de las características, es que cuando el patrimonio de la sociedad no es suficiente para el pago de deudas de la sociedad, cada socio tendrá la obligación de pago en proporción del total del saldo de la deuda y según lo acordado en el pacto social sobre la participación de cada socio respecto de las pérdidas.

La Ley General de Sociedades, respalda el beneficio de excusión, por lo que cada socio puede exigir la previa excusión de su patrimonio social, por lo que no puede ser obligado a pagar por el acreedor que previamente no haya demandado su acreencia contra los bienes de la sociedad.

2.2.2.5.9. La sociedad civil de responsabilidad limitada.

Al respecto Echaiz (2018) señala: “La sociedad civil de responsabilidad limitada está construida normativamente sobre la estructura de la sociedad civil ordinaria, (...)” (p. 148).

La diferencia entre la sociedad civil de responsabilidad limitada y la sociedad civil ordinaria, es que primero tiene un número máximo de treinta socios y por otro lado estos socios no responderán de forma personal ante las obligaciones sociales, por ser su responsabilidad limitada exclusivamente al aporte que estos hayan efectuado.

2.2.2.6. Jurisprudencia societaria.

¿Puede el directorio acordar actos de disposición de bienes?

Resolución N° 240-2001-ORLC/TR, del 12 de junio del 2002.

“Con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyen a la junta general o excluyan de la competencia del directorio, dicho órgano colegiado se encuentra facultado para realizar actos de disposición y, entre éstos, gravar los bienes de la sociedad”.

Tribunal Registral

Resolución N° 240-2001-ORLC/TR

Lima, 12 de junio del 2001

Visto:

“El recurso de apelación interpuesto por Macarena Morales Amilhe (hoja de trámite N° 2001-011838 del 27 de marzo del 2002) contra la observación formulada por la registradora pública del Registro de Personas Jurídicas de Lima, doctora Silvia Montañez Zamora, a la solicitud de inscripción de ratificación y otorgamiento de poderes de Laive S.A., en mérito a copias certificadas por notario”.

Considerando:

“**Tercero.** – Que, constituye el fundamento de la observación recurrida, que el directorio no cuenta con facultad expresa para realizar operaciones bancarias, de títulos valores, disponer de sus bienes, además de constituir y levantar gravámenes sobre los bienes muebles e inmuebles de la sociedad; en consecuencia, tampoco puede otorgar facultades en ese sentido al gerente general”.

Se resuelve:

“Revocar la observación formulada por la registradora pública (e) del Registro de Personas Jurídicas de Lima al título referido en la parte expositiva y ampliarla conforme a lo expuesto en el penúltimo y antepenúltimo considerandos, declarando que el acto podrá

inscribirse una vez subsanados los defectos indicados dentro del plazo legal establecido en el art. 147 del RGRP, por los fundamentos expuesto en la presente resolución”.

Interpretación:

“Con la presente decisión, se logra inscribir actos de disposición y, entre éstos, gravar los bienes de la sociedad, realizado por el directorio, sin la participación de los demás socios, por lo que se puede presentar uno de los supuestos de infracapitalización de la sociedad frente a sus acreedores”.

¿Está facultado el gerente para otorgar garantías hipotecarias?

Casación N° 1250-2002-Lima, del 05 de junio del 2002

“**Segundo.** Que, la casación se funda en la inaplicación de los arts. 156, 167 y 1099 del CC y del art. 13 de la LGS, sustentada en que el gerente de su empresa carecía y carece hasta la actualidad de facultades para el otorgamiento de garantías hipotecarias a favor de terceros; sin embargo, las sentencias de mérito sostienen lo contrario, por lo que la sentencia impugnada no solo es injusta, sino también ilegal”.

“**Tercero.** Qué, las sentencias de mérito aplicando la prueba actuada han establecido que Ana Rosario Vitor Ingunza tiene la calidad de director-gerente de la empresa recurrente y en esa calidad es que interviene en el contrato de venta de omnibuses, reconocimiento de deuda, constitución de prenda legal, constitución de prenda de transporte y constitución de hipotecas, como lo señala el considerando tercero de la sentencia impugnada; así mismo, en el considerando quinto de la misma sentencia se puede advertir que el art. 31 de la escritura de constitución social y estatutos de la empresa recurrente, obrante a fojas 75 a fojas 87, se encuentran descritas las facultades otorgadas a su gerente, en la cual no se advierte la existencia de restricción alguna”.

Decisión:

“En consecuencia, la casación no contiene el requisito de fondo contemplado en el acápite 2.2. del inciso 2 del art. 388 del CPC y, aplicando el art. 392 del mismo Código:

“Declararon improcedente el recurso de casación interpuesto a fojas 167 contra la sentencia de vista de fojas 157, de fecha 20 de marzo del 2002”.

“Condenaron al recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso, así como a la multa de tres Unidades de Referencia Procesal”.

“Dispusieron la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Volvo Perú S.A. y otra sobre ejecución de garantía; y los devolvieron”.

Interpretación:

“La presente decisión de declarar la improcedencia del recurso de casación, deja sin posibilidad de protección a los socios de la empresa afectada con los actos realizados por su gerente, que perjudica a los demás socios de la empresa, ya que si el deudor no paga la deuda por un acto que tenía prohibido su gerente, se llevará acabo la infracapitalización, si los que compraron fueron otros socios de la misma empresa con actos de mala fe y antijurídicos”.

¿Cuáles son las implicancias de la reducción del capital social por anulación de acciones?

Resolución N° 1695-2013-SUNARP-TR-L, del 18 de octubre del 2013.

“En el supuesto de anulación de acciones producto de que el valor de los bienes aportados sea inferior en 20 % o más a la cifra en que se recibió el aporte, la sociedad reducirá (de forma imperativa) su capital en la proporción correspondiente, si en el plazo de 30 días las acciones no fueren suscritas nuevamente y pagadas en dinero. (...) dicha reducción de capital no requerirá del quórum ni de la mayoría calificados establecidos legalmente para dicho tipo de acuerdos (...) no son necesarias las publicaciones del aviso de reducción ni de la certificación del gerente general de que la sociedad no ha sido emplazada judicialmente por los acreedores oponiéndose a la reducción”.

Acto cuya inscripción se solicita:

“Mediante el título venido en grado de apelación se solicita la inscripción de la reducción de capital y la consecuente modificación de estatutos, la renuncia y el nombramiento de directores de la sociedad Agrícola Cerro Prieto S.A.C.-ACPRISAC, inscrita en la Partida Electrónica N° 11154459 del Registro de Sociedades de Lima2.

Decisión impugnada:

“La registradora pública del Registro de Sociedades de Lima Miriam Beloglio Beloglio, observó el título en los siguientes términos:

(...).

“2. Concurren a la junta general del 28 de mayo del 2012 los accionistas representando 182’974,533 acciones, indicando que representan el 100% de acciones inscritas con derecho a voto; sin embargo, a la fecha de la junta general, el capital de la sociedad estaba representada por 195’591,480 acciones, por lo que previamente deberá aclarar tal discrepancia y adecuarse a su antecedente registral. Art. V del RRS y art. 2015 del CC. (...), esta junta es objeto de las siguientes observaciones:”

“2.1. Está contenida en copia certificada, sin embargo, siendo su objeto aclarar la comparecencia a junta del 28 de mayo del 2012 por el cual se reduce el capital social, la formalidad es la escritura pública conforme a lo dispuesto por el art. 5 de la LGS”.

“2.2. A la junta del 5 de abril del 2013 concurren 186’833,390 acciones indican que estuvieron presentes el 100 % de acciones; sin embargo, según el antecedente registral el capital estaba representado por 195’591,480 acciones. Sin perjuicio de ello, se indica que convocaron a junta de acuerdo a ley; sin embargo, no se ha acreditado tal convocatoria conforme a lo dispuesto por el art. 76 del RRS y sus estatutos”.

(...).

Considerandos:

“6. De conformidad con el art. 215 de la LGS, la reducción del capital se acuerda por junta general, cumpliendo los requisitos establecidos para la modificación del estatuto, consta en escritura pública y se inscribe en el Registro”.

“En concordancia con lo expuesto, el art. 5 de la citada Ley establece que la sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos se requiere la misma formalidad; esto es, mediante escritura pública, lo cual también se encuentra previsto en el art. 61 del RRS”.

“En tal sentido, tal como lo señaló la registradora, en mérito al acto de junta general de accionistas del 5 de abril del 2013 deberá otorgarse la respectiva escritura pública aclaratoria de conformidad con el art. 1413 del CC, toda vez que en dicha junta general se aclara el número de accionistas asistentes a la junta general de accionistas del 28 de mayo del 2012, en mérito de la cual se acordó la reducción de capital y modificación parcial de estatutos, y que diera mérito a la extensión de la respectiva escritura pública”.

“Por lo expuesto, corresponde confirmar el punto 2.1. de la observación formulada por la registradora pública del Registro de Sociedades de Lima”.

“Cabe precisar que no se adjuntó la respectiva escritura pública que contenga la junta general de accionistas del 5 de abril del 2013, tal como lo señala el recurrente en su recurso de apelación”.

(...).

VII. Resolución:

“Confirmar el punto 2.1., revocar los puntos 2.2., 2.3., 3, 4, 5, 7.1., 7.2., 8.2, 9, 10, dejar sin efecto los puntos 1, 8.1., 8.3. y 11 de la observación formulada por la registradora del Registro de Sociedades de Lima al título señalado en el encabezamiento conforme a los fundamentos expuestos en el análisis de la presente Resolución”.

“Aceptar el desistimiento parcial de la rogatoria y como consecuencia dejar sin efecto el punto 6 de la observación formulada por la registradora pública del Registro de Sociedades de Lima”.

Interpretación:

“La decisión del Tribunal Registral, ampara la inscripción de reducción de capital, en base al artículo 215 de la LGS, por lo que esta reducción del capital asociativo, no es más que la infracapitalización, acto con el cual, se puede perjudicar a los acreedores de la empresa”.

2.2.3. Marco conceptual.

- **Abuso del derecho.** – “Conducta que sustentándose en un derecho subjetivo se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad”. (Fernández, 1999, p. 163).
- **Capital asociativo.** – “Un fenómeno de raíz económica y con consecuencias jurídicas, mediante el cual dos o más empresas integran sus recursos (económicos, humanos, etc.), a efectos de conseguir un beneficio común diferente al interés empresarial (el cual puede subsistir)”. (Echaiz, 2002, p. 56.).
- **Contrato asociativo.** – “Aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocio o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes”. (Artículo 438 de la LGS).
- **Dolo incidental.** – “En la responsabilidad contractual se manifiesta en el incumplimiento intencional de un acuerdo, en la responsabilidad extracontractual se presenta cuando existe la voluntad de causar un daño a otro, (...)”. (Vidal, 1999, p. 442).
- **El derecho de separación.** – “Mecanismo que tiende a la protección del socio que ya no desea seguir perteneciendo a la sociedad porque en su seno se han adoptado acuerdos que afectan las iniciales reglas de juego”. (Artículo 200 de la LGS).

- **Fraude.** – “Una ley puede quedar burlada con la utilización de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquella, tanto si ya existía como si solo fue creada para tal fin”. (Serick, 1958, p. 44).
- **Infracapitalización.** – “Se produce cuando esta no cuenta con los medios económicos suficientes, como para cubrir las obligaciones que generen las actividades que realiza en el desarrollo de su objeto asociativo, (...), el riesgo creado en el desarrollo de dicha actividad (...)”. (Mispireta, 2018, p. 108).
- **La buena fe.** – “En la búsqueda del concepto de la buena fe la palabra *fides* puede servir como hilo conductor e indica, de manera general todo aquello con lo que se puede contar con seguridad, una esperanza firme respecto de un acontecer, el sentirse obligado por la palabra empeñada, (...)”. (Rezzónico, 1999, p. 84).
- **La equidad.** – “El sistema judicial de equidad es de trama abierta, en el que el juzgador aplica principios generales de derecho y no se encuentra sujeto a mandatos imperativos rígidos”. (Dobson, 1985, p. 97)
- **Los estados financieros.** – “Es el balance general como el estado de ganancias y pérdidas, se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados en el país”. (Disposición final y artículo 223 de la LGS).
- **Persona jurídica.** – “Deriva del griego *per*, en su acepción de aumentativo y *sono* que significa sonido, hacer ruido. La *universitas* es una persona ficta, pues entendía como persona a lo que carece de esa sustancia racional individual que le es propia”. (De Castro, 1984, p. 153).
- **Patrimonio propio.** – “Cantidad determinada de bienes, sean dinerarios o no, que pueden ser valorados económicamente de manera objetiva y que pasan en propiedad o titularidad de la persona jurídica que se constituye”. (Echaiz, 2018, p.51).

- **Reducción del capital social.** – “La sociedad puede adquirir sus propias acciones con cargo al capital únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción de capital adoptado conforme a ley”. (Artículo 104 de la LGS).
- **Responsabilidad civil.** – “La responsabilidad importa un deber, como respuesta adecuada, soporta quién ha causado un daño, perjuicio o detrimento. El responsable tiene que indemnizar a la víctima”. (Mosset, 1992, p. 21).
- **Simulación del acto jurídico.** – “De común acuerdo las partes entre sí -o si el negocio es unilateral, de acuerdo el declarante con el destinatario- emiten alguna declaración no coincidente con la voluntad interna con el fin de engañar a los terceros.; (...)”. (Albaladejo, 1993, p. 172).

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

Se debe justificar el enfoque cualitativo, aplicado a la presente investigación, señalando que se aplica cuando “existe una causa que origina una acción social con carácter de fenómeno complejo, con la finalidad de emitir una propuesta de mejora o solución al problema detectado”, para lo cual citamos a Aranzamendi (2010), que indica que el alcance final de una investigación de enfoque cualitativo es: “(...) comprender un fenómeno complejo (...) [cuyo] acento no está en medir las variables del fenómeno, sino en entenderlo” (p. 18).

Asimismo, se debe indicar que, de conformidad al enfoque cualitativo antes indicado, no se aplicó trabajo de campo, sino se desarrolló un análisis teórico en base a la “hermenéutica jurídica; para la comprensión de una investigación de enfoque cualitativo”, debemos mencionar a Hernández, Fernández y Baptista (2014), quienes señalan que en aquellas investigaciones: “(...) no se llega por procedimientos estadísticos u otro tipo de cuantificación (...)” (p. 4).

Al ser la presente investigación de enfoque cualitativo teórico jurídico de cote propositivo, se analizó el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, que prescribe sobre el aporte de los socios que desean constituir una sociedad de capital, con la finalidad de determinar si existe un monto mínimo de capital social para cumplir con el objetivo social de la sociedad de capital, que en la actualidad viene a ser un problema que afecta a los

acreedores y terceros que tiene relación comercial con una sociedad de capital que aplica la infracapitalización, en ese sentido, nos adherimos a lo indicado por Witker citado por García (2015), que respecto a la investigación teórica-jurídica, indica que es: : “(...) aquella que concibe el problema jurídico desde un perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real [esto es] que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión” (p. 455), en ese sentido, las investigaciones de corte cualitativo teórico analizan las normas ya sea en forma individual o en su conjunto desde un ordenamiento normativo.

El propósito para analizar el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente” fue para constatar si se presentan incoherencias que causan problemas al momento de constituir una sociedad de capital, sin establecer un criterio de razonabilidad para que el aporte al capital no sea según el criterio de los socios, sino con un criterio de que se asegure el desarrollo de la actividad y la garantía que se brinde a los acreedores; en ese contexto, se realizó una delimitación conceptual, en mérito al lenguaje del iusnaturalismo racional, a fin de justificar las razones por la que se aplicó la postura epistemológica jurídica, que sustenta nuestra investigación.

Debemos indicar que la escuela del iusnaturalismo, en su evolución se han percibido distintos representantes y movimientos, pero debemos resaltar dos tipos: “(1) teológico y (2) racional, de los cuales, nos centraremos en el segundo, porque ello compete a los intereses de la investigación, asimismo, el (a) objeto, (b) método y (c) fin de estudio se justifican a razón de que cada escuela jurídica debe tener en claro qué es lo que va a estudiar, cómo lo va a estudiar y finalmente, si esos dos elementos se ajustan a la finalidad o propósito de la escuela en mención” (Vivanco, 2017, p. 36-41).

En ese orden de ideas, nos adherimos a los lineamientos de Kant (2008), quien manifiesta: “El objeto del iusnaturalismo racional viene a ser la legislación externa, esto es cualquier norma, tratado, principio o propósito, (...)” (pp. 24-25).

Agrega Kant (2008): “mientras que en el método se realiza una valoración de correspondencia entre la legislación externa con la legislación interna (los deberes de cumplimiento según el imperativo categórico), (...)” (p. 39).

Finaliza Kant (2008), señalando: “para que finalmente en el fin de estudio, es pertinente, que las personas y/o el Estado realicen acciones acordes a derecho por el deber ser (observando al hombre como un fin en sí mismo)” (p. 40).

Tomando en cuenta, el criterio metodológico de los autores citados, el presente trabajo de investigación para cumplir con el objeto del iusnaturalismo racional, analizó el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente”, para verificar si dicho artículo, es utilizado para que los socios de una sociedad de capital apliquen el ejercicio abusivo de derecho de aportar al capital, de acuerdo a su criterio, sin asegurar el cumplimiento del desarrollo de la actividad señalada en el objeto social y garantizar a los acreedores del cumplimiento de sus derechos de crédito, con los que se estaría vulnerando sus derechos y originado inseguridad jurídica. En ese orden de ideas para verificar el método del iusnaturalismo racional, referido a la existencia de correspondencia entre la legislación interna, con el cumplimiento de los imperativos categóricos de las normas de menor jerarquía con la Constitución y si la norma fue creada con “intereses políticos, egoístas o de cualquier otra índole similar”; por lo que se verificó, que no existe correspondencia sobre los derechos que reconoce la Constitución vigente, con la “Ley General de Sociedades vigente” que es de menor jerarquía, ya que esta última permite el ejercicio abusivo de derecho. Finalmente, para verificar el fin de estudio del iusnaturalismo racional, referido a que el Estado y las personas adecuen su conducta al deber ser del derecho y en ese contexto, se determinó que el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente”,

deja la facultad de los socios de mala fe que desean constituir una sociedad de capital con la finalidad de aplicar la infracapitalización para obtener beneficios y perjudicar a terceros, amparándose en la responsabilidad limitada, sin que sean sancionados, ya que dicha conducta no es considerada como un hecho ilícito, por lo que el Estado y las personas, en este caso, deben adecuar su conducta al deber ser del derecho.

3.2. Metodología

De conformidad a lo señalado por Witker, en el tercer párrafo, de lo fundamentado anteriormente y de acuerdo a la división de las metodologías paradigmáticas en teóricas y empíricas, nos ha permitido ubicar la presente investigación, en una tipología de corte propositivo y en la metodología teórica jurídica respectivamente.

Respecto a la tipología de corte propositivo, citamos a Aranzamendi (2010), quien afirma: “(...) analiza la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídico filosóficos” (p. 163).

En mérito a lo indicado anteriormente, el presente trabajo de investigación, cuestiona el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente”, tomado en cuenta la postura epistemológica iusnaturalista.

En la presente investigación, “el paradigma metodológico teórico jurídico mantiene relación con la tipología de corte propositivo y la postura epistemológica iusnaturalista racional”, por lo tanto, es compatible y viable, porque estos sistemas han cuestionado y valorado el artículo antes señalado, discutiendo su valor intrínseco, ya que al encontrarnos en un Estado Constitucional de Derecho, se logró predecir que la norma cuestionada al no establecer un criterio de aporte mínimo de capital para el desarrollo del objeto social y la función del capital, que es la de asegurar el desarrollo de la actividad y la garantía de los acreedores, vulnera la seguridad jurídica y permite el ejercicio abusivo de derecho, lo cual

desde el punto de vista del imperativo categórico de Kant es sumamente reprochable, ya que no concuerda con los valores inmutables que el iusnaturalismo promueve; en ese sentido, se analizó, si tal dispositivo normativo mantiene su vigencia o de lo contrario es posible su modificatoria o derogatoria.

Debemos precisar que según la estructura de una tesis de enfoque cualitativo no se exige señalar cada uno de los métodos, sino realizar un comentario metodológico riguroso al respecto; sin embargo, hemos visto por conveniente sustentar los siguientes métodos:

El **método general** aplicado es el analítico-sintético, debido al enfoque cualitativo teórico que presenta la presente investigación, que nos permitió descomponer en sus fragmentos la naturaleza jurídica del capital social, cuyas funciones principales son “la productividad y la garantía frente a los acreedores”, para luego, volverlos a unir a fin de determinar si el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades”, cumple con las finalidades del capital social.

Al respecto, Zelayaran (2009) señala sobre el método analítico: “(...), el análisis y síntesis constituyen dos momentos de un único proceso de conocimiento, de modo que, cada uno de ellos cumple funciones que corresponden a determinadas etapas del proceso del conocimiento, complementándose mutuamente” (p. 90).

El **método específico**, que se aplicó, fue el hermenéutico jurídico, ya que en la presente investigación se utilizaron diferentes libros jurídicos para una adecuada interpretación con la finalidad de alcanzar el sentido y alcance que tiene la infracapitalización y sus consecuencias negativas en la legislación societaria de nuestro país.

La hermenéutica nos ayuda a realizar una interpretación cabal del significado de las normas jurídicas y el alcance del lenguaje jurídico. Por ello la hermenéutica es la técnica y el arte de interpretar textos, es decir, comprender su verdadero significado. (Ramírez, 2010, pp. 462-463).

Como **tipo de estudio**, de acuerdo al enfoque cualitativo teórico, la presente investigación es un tipo de estudio básico o fundamental, lo que nos permitió establecer el predominio en la sistematización de conceptos jurídicos para la obtención de datos mediante la interpretación jurídica y ampliar la información de los problemas que genera nuestra legislación societaria, por lo que debe ser materia de modificación en lo que respecta a dichos problemas.

Sánchez & Reyes (1998) aseveran: “(...) nos lleva a la búsqueda de nuevos conocimientos y campos de investigación (...) mantiene como propósito recoger información de la realidad para enriquecer el conocimiento científico” (p. 13).

El **nivel de investigación**, en el presente trabajo de investigación, es el explicativo, ya que nos ayudó a determinar las causas y explicaciones, porque el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente”, no guarda correspondencia con la naturaleza jurídica del capital social, permitiendo a los socios de mala fe aplicar la infracapitalización en perjuicio de terceras personas, además de aplicar el ejercicio abusivo de derecho.

Al respecto, Hernández et al. (2010) afirma: “los estudios explicativos van más allá (...), están dirigidos a responder a las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. (...), su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno (...), o por qué dos o más variables están relacionadas” (p. 84).

Como **diseño de investigación**, en el presente trabajo de investigación se presenta un diseño de estudio no experimental, porque no existió intención de manipular las categorías de estudio, nos avocamos específicamente a realizar el análisis de los hechos que ocasionan la no correspondencia del “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente”, no guarda correspondencia con la naturaleza jurídica del capital social.

Al respecto Carrasco (2013) afirma: “El diseño no experimental no manipula intencionalmente las variables, se analizan y estudia los hechos y fenómenos de la realidad después de su ocurrencia. (p. 71).

La investigación conservará un diseño explicativo, ya que se “recabará información a través de la técnica del fichaje, con el uso de las fichas textuales y de resumen”, recopilando la información en un solo momento para el desarrollo del marco teórico.

El diseño esquemático de la presente investigación es “explicativo simple”, porque mantiene la siguiente estructura:

M ₁	O _x
r	r
M ₂	O _y

En nuestro caso “M serán los diferentes textos jurídicos que tratan sobre la “infracapitalización y las sociedades de capital”; la O será la información obtenida de la data correspondiente para someterla al análisis correspondiente; O_x será la información que se recabe de las fichas referida a las variables de estudios; y, la O_y será el número de fichas trabajadas”.

3.3. Diseño metodológico

3.3.1. Trayectoria del estudio.

La trayectoria, se debe entender como el desarrollo de estudio de la investigación en relación a la metodología que, de acuerdo a su naturaleza de enfoque metodológico, se aplicará desde el inicio hasta la obtención ordenada de los datos, trayectoria que exponemos como sigue.

Se analizó el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente”, haciendo uso de la interpretación exegética, que según Miró-Quesada (2003) precisa: “Es considerada como la búsqueda de la voluntad del legislador” (p. 157).

Asimismo, se utilizó la interpretación doctrinaria jurídica desde el punto de vista de la deontología kantiana, en el sentido que las acciones éticas deben ser desarrolladas con reglas morales universales de valores positivos y que según Tallero (2015): “Se entiende como la interpretación llevada a cabo por los juristas de analizar las diversas posiciones doctrinarias, incluso de una corriente filosófica, de comentarios a una determinada norma, entre otros”. (p. 73).

Lo señalado anteriormente, nos permitió verificar la conducta de los miembros de la persona jurídica de una sociedad de capital que de mala fe aplican la infracapitalización en perjuicio de terceros, que en presente caso, son los acreedores de dicha sociedad.

La información se pudo extraer a través de la técnica del análisis documental, conjuntamente con la “ficha bibliográfica, textual y de resumen” que, también forman parte de los instrumentos de recolección de datos, a fin de analizar las características de los conceptos jurídicos de las categorías de estudio, referidos al ejercicio abusivo de derecho de la infracapitalización y al capital asociativo de las personas jurídicas y desde ese punto observar su nivel de relación, para concluir, procesando los datos a través de la argumentación jurídica y de esa manera responder a las preguntas planteadas o contrastar los supuestos establecidos.

3.3.2. Escenario de estudio.

Siendo la investigación cualitativa y de corte teórico, se analizó el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente” y en ese orden de ideas, el escenario viene a ser el ordenamiento jurídico de nuestro país, por lo que, a partir del artículo antes indicado se puso a prueba la resistencia de la interpretación deontológica kantiana.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.

Al encontrarse debidamente fundamentada que, la presente investigación es de enfoque cualitativo, se logró analizar las estructuras normativas y las posturas doctrinarias de las categorías de estudio “ejercicio abusivo de derecho de la infracapitalización y capital asociativo

de las personas jurídicas”, con la finalidad de determinar si su influencia es positiva o negativa y es negativa, proponer una modificación normativa de forma racional y que sea válida en la legislación societaria de nuestro país, siendo así, debe existir congruencia normativa interna entre la Constitución Política del Perú y la Ley General de Sociedades vigente, en este caso, con el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, publicada el 09 de diciembre de 1997”.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.3.4.1. Técnicas de recolección de datos.

Se aplicó la técnica del análisis documental, mediante la cual se realizó el análisis de los textos de doctrina, lo que nos permitió extraer la información importante y pertinente con la que se desarrolló la presente investigación.

En ese sentido, el análisis documental será considerado como una operación cimentada en el conocimiento cognoscitivo, ya que este permitirá elaborar un documento primario por medio de otras fuentes, tanto primarias como secundarias; estas fuentes actuarán como una suerte de intermediario o instrumento que permitirá que el usuario tenga acceso al documento inicial para la obtención de información y comprobación de la hipótesis o supuestos. (Witker & Larios, 1997, p. 193).

De conformidad a lo antes indicado, se logró extraer información sobre la infracapitalización y sus consecuencias en la legislación societaria, al respecto citamos a Chirinos et al. (2011) que afirma: “Hemos señalado anteriormente que los documentos son denominados unidades de estudio y solo son documentos cuando se trata de investigaciones de naturaleza documental o teórica (...)” (p. 61).

3.3.4.2. Instrumentos de recolección de datos.

Se emplearon las fichas textuales, de resumen y bibliográficas, que se recabaron de los textos de doctrina referidos a las categorías de estudio, al respecto, Villegas et al. (2011) señala:

“(...) el fichaje es la técnica que posibilita la recolección de datos de las fuentes escritas (...)”
(p. 149).

El análisis documental será considerado como una operación cimentada en el conocimiento cognoscitivo, pues este permitirá elaborar un documento primario por medio de otras fuentes, tanto primarias como secundarias; estas fuentes actuarán como una suerte de intermediario o instrumento que permitirá que el usuario tenga acceso al documento inicial para la obtención de información y comprobación de la hipótesis o supuesto. (Witker & Larios, 1997, p. 193).

3.3.5. Tratamiento de la información.

Se recabaron los datos, mediante la técnica del fichaje, y para reforzar una posible insuficiencia y desarrollar un estudio objetivo y reducir la subjetividad se aplicó un análisis formalizado o de contenido mediante la hermenéutica jurídica con lo que se pudo analizar las características más trascendentes de las categorías de estudio, “para que de esta manera el marco teórico mantenga consistencia, coherencia y sea sostenible” (Velásquez & Rey, 2010, p. 184). Por todo lo señalado se utilizará el siguiente esquema:

FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (Año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“.....”

En el tratamiento de la información y el desarrollo de las bases teóricas, “no solo se aplicó la hermenéutica jurídica, sino se tomó en cuenta las leyes que rigen el pensamiento

humano con lo que se logró obtener un adecuado razonamiento, pero, aplicando los principios lógicos para evitar razonamientos incorrectos”.

Al respecto Aranzamendi (2010) afirma: “De este modo, (...) deben ser: a) coherentemente lógicas teniendo como base, premisas de antecedentes y conclusiones; (...)” (p. 112).

En aplicación de la lógica jurídica, se hizo uso de la “inferencia jurídica para lograr que los datos obtenidos sean útiles para argumentar los resultados y contrastación de los supuestos de investigación”.

Consecuentemente, al haber considerado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que se originaron en los diversos textos, podemos afirmar que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp. 203-204).

3.3.6. Rigor científico.

El rigor científico se encuentra respaldada en el paradigma metodológico que se aplicó, en ese contexto citamos a Witker y Larios (1997) en el método iusnaturalista: “Se trata de privilegiar los aspectos axiológicos y éticos de las instituciones y normas jurídicas, para lo cual recurre a los modelos epistemológicos más cercanos a lo metafísico y filosófico” (p. 193).

En ese orden de ideas, se analizó el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente”, en base a la deontología kantiana, con lo que se logró determinar que, a partir de dicho artículo se permite la conducta de mala fe de los socios que quieren beneficiarse perjudicando a terceros de buena fe, aplicando la infracapitalización; se puede evidenciar el control de la valoración de la deontología kantiana, en la argumentación aplicada en los resultados y al contrastar los supuestos de la investigación, con lo que se logró cumplir con el rigor científico de una investigación cualitativa de corte teórico.

En lo referido a la fundamentación de las razones que se debatieron, se desarrolló, utilizando la técnica de la emisión de una sentencia en la parte considerativa, de tal manera que terminó una conclusión coherente y consistente que cumple con los principios de la lógica jurídica: “principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido”, de manera que los juristas que quieran analizar, puedan refutar el considerando que consideren inconsistencia de los argumentos dados, a fin de debatir con rigurosidad científica jurídica.

3.3.7. Consideraciones éticas.

Al ser una investigación cualitativa teórica, no es menester presentar una justificación para “salvaguardar la integridad o el honor de algún entrevistados o encuestados o cualquier otra modalidad fáctica-empírica”.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del primer objetivo específico.

El primer objetivo específico ha sido el siguiente: **“Determinar de qué manera el derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano”**; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – La persona humana, tiene reconocido el derecho subjetivo en un Estado de derecho, a fin de hacer valer sus derechos cuando le son vulnerados, sin embargo, surge el derecho subjetivo antisocial, cuando ante la existencia de la ley, el individuo hace uso de ella, pero de forma abusiva, es decir, cuando ejerciendo ese derecho, no respeta el genérico deber ser del derecho y del individuo frente a los intereses de los demás, violentando el ámbito externo de una relación jurídica subjetiva.

SEGUNDO. – El derecho subjetivo antisocial aplicado de la forma antes indicada, en realidad viene a ser una conducta antijurídica, que se puede evidenciar a través del criterio subjetivo que aplica el individuo con la intención de perjudicar a los terceros, es decir, ejerciendo abusivamente el derecho sin interés legítimo, aunque este criterio subjetivo es muy complejo y difícil de ser acreditado, ya que la intención de dañar se presenta a través de

distintos tipos de intereses, que se pueden confundir y camuflar dejando impune dicha conducta antijurídica.

TERCERO. – Dentro de los criterios subjetivos para evidenciar las conductas abusivas, surge la inmoralidad social, la misma que se encuentra en la teoría general del abuso de derecho, ya que la moral social es la que debe trascender, cumpliendo con el deber ser del derecho, por lo que, si estamos frente a una ley vigente, se aplica o se ampara ante esta ley, pero contrariando a la moralidad, entonces, surge la inmoralidad y por ende el ejercicio abusivo de un derecho.

CUARTO. – En cuanto a la titularidad de los derechos subjetivos, se encuentran tanto las personas naturales como jurídicas, en especial estas últimas, ya que legalmente puede constituir una sociedad de capital de conformidad al “artículo 4 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, que trata sobre la pluralidad de socios, es decir, con un mínimo de dos socios se puede constituir una sociedad y obtener la personería jurídica.

QUINTO. – Al ser consideradas como titulares de derechos las personas jurídicas, estas pueden cometer conductas de carácter abusivo, las mismas que son consideradas ilícitas, debido a que existe un exceso de las facultades que la ley otorga, es por eso, que en el ordenamiento normativo se regula mediante dispositivos normativos la prohibición del abuso del derecho, por ejemplo, en el “artículo 103 de la Constitución política del Perú y en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil”, donde no se ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho, por eso los actos contrarios al derecho son considerados ilícitos.

SEXTO. – La teoría general del abuso de derecho, mantiene una característica esencial, que debe ser considerada de importancia y que viene a ser la necesidad de la existencia del daño para que la conducta que se ejerce sea considerada antisocial, pero debe ser un daño efectivo y es de esa manera que, en el exceso cometido en el acto mismo, llevado a cabo por el

titular de un derecho subjetivo, haciendo uso antisocial del mismo, se configura el ejercicio abusivo de derecho.

SÉPTIMO. – La solidaridad social se traduce en un principio fundamental que es, el deber que se le impone a la persona por el solo hecho de pertenecer a un conglomerado social, en la que se vincula por su propio esfuerzo realizando actividades a favor de otros asociados o a favor de un interés colectivo, ya sea en actividades sociales, económicas, comerciales y otras que por razón de necesidad se interrelacionan.

OCTAVO. – Entonces, la solidaridad social, es un deber, imperativo de obligación a todos los miembros de la sociedad para coadyuvar con sus semejantes y hacer valer o hacer efectivos los derechos de los demás miembros de la sociedad, sobre todo de personas en situación de vulnerabilidad, en razón de su condición económica, en razón de su condición física o mental.

NOVENO. – Lo anteriormente indicado tiene relación con el “artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, suscrita en 1969 que señala: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económica, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

DÉCIMO. – Lo anteriormente señalado, involucra al Estado, y no solo a las personas que habitan una determinada nación, a fin de cumplir con la solidaridad social de las obligaciones comerciales en un determinado Estado, entonces, la disminución de protección de un derecho social es una violación a una garantía constitucional, en la que todos los ciudadanos están obligados a cumplir con dicha solidaridad.

DÉCIMO PRIMERO. – La naturaleza jurídica de la solidaridad social, se encuentra en el iusnaturalismo mediante el cual la persona orienta su conducta a partir de “un único sistema ético”, el mismo que dispone de distintas reglas de acuerdo a los efectos que se generan en dicha conducta, en ese sentido los efectos acercan al hombre a su perfección, al máximo bien o a la felicidad de este, por lo que, se encuentra en el ámbito moral, y los efectos de dicha acción contribuye a la convivencia y a la paz con los demás ciudadanos, entonces, se encuentra en el ámbito jurídico.

DÉCIMO SEGUNDO. – Al tener su naturaleza en el iusnaturalismo, este puede ser considerado ya dentro del aspecto normativo y entonces, nos encontraríamos en el plano del positivismo jurídico, pero solo desde una perspectiva del deber jurídico y no del deber moral, a fin de que en el plano normativo sea de obligatorio cumplimiento, de manera que finalmente podemos entender su naturaleza desde el iusnaturalismo como sistema ético y moral, y del positivismo como perspectiva jurídica que tenga efectos concretos en la convivencia de los hombres e incluso a nivel empresarial y comercial.

DÉCIMO TERCERO. – La empresa, al desarrollar su actividad debe tomar en cuenta a los grupos de interés y a la sociedad con los que se relaciona, fomentando políticas externas positivas y reducir las negativas. Asumiendo obligaciones económicas y también éticas y sociales, aplicando estrategias de comportamiento empresarial ético y responsable como un plan necesario y no voluntario.

DÉCIMO CUARTO. – La sociología concibe a la solidaridad como el hecho empírico y comprobable y la antropología filosófica la concibe como una propiedad de la persona humana, por lo que la solidaridad es el hecho de estar ligado a otro en una comunidad de intereses, responsabilidades y obligaciones, en ese sentido, se traslada de plano moral al plano jurídico.

DÉCIMO QUINTO. – El “artículo 58 de la Constitución Política del Perú”, establece la economía social de mercado, es decir, mínima intervención del Estado y libertad empresarial, pero no total, sino dirigida al bienestar social, garantizando la competencia de los servicios básicos, con organismos reguladores, en este caso el Banco Central de Reserva, también se prohíbe el abuso de dominio mediante los monopolios y en ese sentido se extiende a todos los ciudadanos empresarios, para que en base a la solidaridad social adecuen su conducta empresarial con ética y responsabilidad.

DÉCIMO SEXTO. – Es por eso, que la empresa debe minimizar el impacto negativo que genera en el entorno de sus actividades, de no hacer daño a otro, en este caso, no aplicando la infracapitalización, a fin de no perjudicar a sus acreedores y socios, de esta manera, cumpliendo con la solidaridad social de obligaciones comerciales.

4.1.2. Análisis descriptivo de resultados del segundo objetivo específico.

El segundo objetivo ha sido: “**Determinar de qué manera el incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en la buena fe patrimonial en el Estado peruano**”; y sus resultados fueron:

PRIMERO. – Respecto al incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho, la doctrina comparada, considera a la infracapitalización nominal ejercida por la persona jurídica como un manejo ilegítimo y lo trata; por un lado, en el ámbito de fraude de la ley; y, por otro lado, como el empleo abusivo del contrato de préstamo. En ese sentido, los jueces son los que determinan, de acuerdo a la investigación y dentro del proceso, cuál de las figuras se aplica.

SEGUNDO. – Si se considera como fraude a la ley, es que los que conforman la persona jurídica, al hacer uso de la infracapitalización, buscan evadir los dispositivos normativos, que prescriben la obligación de realizar los pagos a terceros, amparándose en otra

norma general, mediante articulaciones inoficiosas, con ardid, engaño o astucia, buscando el deber de pago frente a sus acreedores.

TERCERO. – Si se considera como ejercicio abusivo de contrato de préstamos, las personas jurídicas que se encuentran constituidas en sociedades, hacen uso del negocio jurídico a fin de excederse en sus facultades, y celebran un acto con toda eficacia vinculatoria y jurídica, generándose de esta manera relaciones obligatorias. Aplicando la autonomía negocial, para llevar a cabo dicho acto perjudicial a terceros, con lo que perjudica los parámetros morales, los mismos que deben ser respetados en un contexto social, aplicando el derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho llevando a cabo la infracapitalización.

CUARTO. – A fin de que los magistrados apliquen una de las figuras antes indicadas, es necesario distinguir las de manera doctrinaria. En el fraude la distinción es que se puede dar solución fundamentando que el derecho subjetivo ejercido abusivamente, es ampararse en el derecho de asociaciones que las empresas cuentan con una limitación de responsabilidad solamente al capital aportado por cada uno de sus miembros; en cambio cuando se trata de fraude a la ley, esta da la posibilidad de que la persona jurídica ya cuente con la responsabilidad limitada y como esta es de carácter imperativo y específica, no podrá ser sancionado con la responsabilidad extracontractual objetiva.

QUINTO. – En cuanto a la distinción con el ejercicio abusivo del incumplimiento contractual que realiza la persona jurídica infracapitalizada, el acreedor no podrá ser indemnizado por los daños ocasionados, ya que la infracapitalización no permite reparar dicho acto, debido a que los que abusaron de dicho derecho fueron los miembros de la empresa, aplicando el ejercicio abusivo de derecho, pero mediante la persona jurídica infracapitalizada.

SEXTO. – De esta manera, el incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización se configura dentro el ámbito de fraude de la ley y el empleo abusivo del contrato de préstamo, en la que los magistrados en última

instancia y de acuerdo a la realidad fáctica del caso concreto presentado determinarán cuál de estas figuras se ha de aplicar para dar solución al problema, en el derecho comparado; sin embargo, en la legislación de nuestro país la infracapitalización de la persona jurídica aún no se encuentra regulada.

SÉPTIMO. – En cuanto a la buena fe patrimonial, viene a ser un principio ético, por lo que es necesario remitirnos en aplicación de la analogía, al “Código Procesal Civil”, aplicable de forma supletoria a los demás procesos de similar naturaleza y en especial a la “Ley General de Sociedades, Ley N° 26887; el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil” que prescribe: “que las personas naturales y jurídicas no serán partícipes en el proceso cuando no estén dispuestos a la buena fe y a la lealtad”, lo que quiere decir, que las partes procesales antes y dentro del proceso, deben actuar con buena fe para cumplir los fines del derecho que son la justicia y la verdad.

OCTAVO. – Del mismo modo, debemos señalar que la buena fe se encuentra prescrita en el artículo 168 del Código Civil que prescribe: “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”, y como al constituir una empresa de capital, se lleva a cabo mediante un acto jurídico, entonces, debemos considerar al artículo antes indicado.

NOVENO. – Entonces, la buena fe patrimonial es un principio general del derecho, que actúa como límite cuando se ejerce los derechos subjetivos que generan deberes de conducta, la misma que es una vía de comunicación entre el derecho y la moral que obliga a la persona actuar de forma honesta y diligente y que se manifiesta en el *iter* contractual, en el que se debe cumplir deberes de conducta.

DÉCIMO. – La buena fe en la doctrina mantiene una dimensión subjetiva y otra objetiva. En la dimensión subjetiva, la buena fe es que la persona actúa con la creencia de no vulnerar el derecho de terceros; en la dimensión objetiva, la buena fe, se evidencia en las

cláusulas contractuales que, en este caso para constituir una empresa de capital, los miembros que conforman la persona jurídica plasman su manifestación de voluntad en dicho documento.

DÉCIMO PRIMERO. – Se debe distinguir que la buena fe también se presenta en el contenido del negocio jurídico en “patrimonialidad del interés” y “patrimonialidad de la prestación”, “daño moral”, “daño a la persona”, “daño patrimonial” y “daño no-patrimonial”, estas figuras jurídicas deben ser interpretadas de conformidad al artículo 168 y 1362 del Código Civil, a fin de tener un razonamiento correcto y su debida motivación.

DÉCIMO SEGUNDO. – La buena fe patrimonial, se debe concordar con el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, que prescribe: “cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital (...)”, en ese sentido, el socio debe aportar el íntegro del aporte al capital ya sea dinerario o no dinerario, saneando los aportes y garantizar su existencia, exigibilidad y la solvencia del deudor cuando realizó el aporte; sin embargo, la persona jurídica al aplicar de mala fe la infracapitalización vulnera el respeto de intereses ajenos al aplicar el ejercicio abusivo de derecho.

4.2. Contrastación de los supuestos

4.2.1. La Contrastación del primer supuesto específico.

El primer supuesto específico es el siguiente: **“El derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano”**. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una teorización que permita discutir su contenido.

PRIMERO. – El derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización, surge cuando la persona jurídica a través de sus miembros hace uso de su derecho subjetivo, pero de forma abusiva, sin respetar el genérico deber ser del individuo frente a los intereses de los demás, lo cual viene a ser una conducta antijurídica que se evidencia mediante el criterio subjetivo de perjudicar, en este caso a los acreedores y hasta algunos socios.

SEGUNDO. – Mediante el criterio subjetivo se evidencia las conductas abusivas y la inmoralidad social, por lo que, si se aplica una ley vigente, pero, de manera contraria a la moralidad, de hecho, surge la inmoralidad y el ejercicio abusivo de un derecho, que lo cometen las personas jurídicas con la intención de perjudicar a sus acreedores y también puede afectar a los accionistas.

TERCERO. – Las personas jurídicas pueden realizar conductas de carácter abusivo, lo que se configura como conductas ilícitas, ya que producen un daño, es por eso que, es antisocial, configurándose de esta manera el ejercicio abusivo de derecho, que en el presente caso se trata de la infracapitalización que perjudica a los acreedores de una determinada sociedad de capital.

CUARTO. – En este contexto, se debe mencionar a la solidaridad social de las obligaciones comerciales, entendiendo como solidaridad social al principio fundamental que es el deber que tiene impuesto toda persona al pertenecer a un conglomerado social, en este caso a los acreedores de una determinada sociedad de capital, por lo tanto, la solidaridad social es imperativa, pero es afectada por el ejercicio abusivo de derecho cuando se aplica la infracapitalización, en perjuicio de los acreedores.

QUINTO. – Para la protección de la solidaridad social antes indicada, es necesario tener presente el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que está referida al deber de los Estados parte para que regulen la plena efectividad de los derechos, en este caso económicos y de esa manera, los demás ciudadanos como el caso de los miembros de una sociedad de capital también respeten la plena efectividad de los derechos.

SEXTO. – La naturaleza jurídica de la solidaridad social, está presente en el iusnaturalismo, por el cual la persona orienta su conducta al ámbito moral, para la convivencia y la paz social de los ciudadanos, en este caso, la conducta normal que deben asumir los miembros de la persona jurídica de una sociedad de capital, debe ser sin perjudicar a sus

acreedores y a sus accionistas, en mérito al iusnaturalismo, como sistema ético y moral. En este contexto, se debe cumplir con las funciones principales del capital social que son la de asegurar el desarrollo de las actividades contenidas en su objeto social y el de garantizar a los acreedores el cumplimiento de sus derechos frente a dicha sociedad de capital.

SÉPTIMO. – En este caso, las personas jurídicas de una sociedad de capital, deben tomar en cuenta a los grupos de interés y a la sociedad, promoviendo políticas externas positivas, al amparo de la sociología y la antropología filosófica, que conciben a la solidaridad como un hecho empírico comprobable, y como la propiedad de la persona humana respectivamente, en el cumplimiento de las obligaciones comerciales.

OCTAVO. - El artículo 58 de la Constitución Política del Perú, tiene presente a la economía social de mercado, prohibiendo el abuso de dominio mediante los monopolios, por lo que, se extiende a los empresarios para que adecuen su conducta a la ética y responsabilidad, sin hacer daño a otro aplicando la infracapitalización, que en este caso perjudica a sus acreedores y accionistas.

En conclusión, **“El derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano”**, ya que el derecho subjetivo antisocial aplicado en la infracapitalización como ejercicio abusivo de derecho afecta la naturaleza jurídica de la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano, por lo que se debe cumplir con las funciones principales del capital social que son la de “asegurar el desarrollo de las actividades contenidas en su objeto social y el de garantizar a los acreedores el cumplimiento de sus derechos frente a dicha sociedad de capital”.

Por lo tanto, el primer supuesto específico que señala: **“El derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano”**, SE

CONFIRMA, porque se ha demostrado que las personas jurídicas de una sociedad de capital al hacer uso del derecho subjetivo antisocial aplicando la infracapitalización perjudica a los acreedores y accionistas que se encuentran inmersos en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano.

4.2.2. Contrastación del segundo supuesto específico.

El segundo supuesto específico es el siguiente: **“El incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la buena fe patrimonial en el Estado peruano”**. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

PRIMERO. – El incumplimiento del respeto de intereses ajenos, cuando los miembros de la persona jurídica, de las sociedades de capital, aplican la infracapitalización como ejercicio abusivo de derecho, en la doctrina comparada, se considera como fraude a la ley o como el empleo abusivo del contrato de préstamo, ya que el primero de ellos, busca evadir las normas de cumplimiento de obligaciones amparándose en otra norma general; y, el segundo, en el negocio jurídico se exceden en sus facultades y generan relaciones obligatorias en perjuicio de terceros, amparándose en la autonomía negocial, en nuestro país la infracapitalización no se encuentra regulada y por lo tanto, no es sancionada como delito.

SEGUNDO. – En la doctrina comparada, el fraude se configura cuando las sociedades de capital, al aplicar la infracapitalización, se amparan con la responsabilidad limitada que cuenta el derecho de asociaciones y el fraude a la ley se configura cuando la persona jurídica ya cuenta con la responsabilidad limitada y como se encuentra amparada en una norma imperativa y específica, entonces, ya no se puede aplicar la responsabilidad extracontractual objetiva, en nuestro país en la realidad fáctica se lleva a cabo la infracapitalización que perjudica a los acreedores y accionistas pero no se sanciona por falta de norma que lo impida o sancione.

TERCERO. – En la doctrina comparada, los magistrados son los que determinan y sancionan, los supuestos de hecho que se presentan en la infracapitalización; en cambio, en nuestra legislación no se encuentra regulada la infracapitalización y por más que sea denunciada al no estar tipificada como delito, se quedan impunes las acciones que perjudican a los acreedores y a los accionistas. En ese sentido, nuestra legislación societaria debe incorporar la teoría del levantamiento del velo societario, por la que el juez al acreditar la mala fe en la infracapitalización que es una conducta reñida contra la moral y el interés social, realizado por la persona jurídica, entonces el juez, separe el patrimonio de la persona jurídica, rechazando la condición de persona jurídica como ajeno al proceso y en cambio incluir a los miembros de la persona jurídica como sujetos pasivos del crédito, para garantizar la deuda en beneficio del acreedor.

CUARTO. – La buena fe, se encuentra regulada en el “artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil y en el artículo 168 del Código Civil, la misma que puede ser aplicada en la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, por aplicación supletoria y ser considerada en el acto jurídico de la constitución de sociedades de capital, como antecedente de la conducta que deben tener los miembros de una sociedad de capital y no aplicar la infracapitalización en contra de terceros; sin embargo, es recomendable incorporar la buena fe patrimonial en la mencionada ley.

QUINTO. – La buena fe patrimonial, como principio general del derecho, que genera deberes de conducta positivos en cuanto al derecho y a la moral que obliga, en este caso, a los miembros de una sociedad de capital actuar de forma honesta y diligente, tanto desde su dimensión subjetiva y objetiva, en nuestro país, se afecta con el incumplimiento del respeto de intereses ajenos, cuando en el ejercicio abusivo de derecho, se aplica la infracapitalización en perjuicio de los acreedores y accionistas, sin que sea sancionada dicha conducta.

SEXTO. – En el ámbito civil, la buena fe patrimonial, puede ser considerada como “patrimonialidad del interés” y ser interpretada de conformidad a los “artículos 168 y 1362 del Código Civil y también con el artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887” y cuando se perjudica a los acreedores y a los accionistas de una sociedad de capital, se puede demandar la indemnización por daños y perjuicios contra estos, pero como mantienen el respaldo de responsabilidad limitada que le otorga la ley pertinente, sólo se afecta hasta el capital aportado que muchas veces en mínimo o ya no existe.

En conclusión, **“El incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la buena fe patrimonial en el Estado peruano”**, ya que como dicho actuar que no se encuentra regulado en nuestro país como un hecho ilícito y que la responsabilidad es limitada de los miembros de una sociedad de capital que aplican la infracapitalización el hecho queda impune en perjuicio de los acreedores y los accionistas que actúan con buena fe patrimonial, por lo que se debe incorporar en la legislación societaria la teoría del levantamiento del velo societario a fin de que el juez, después de acreditar la infracapitalización, incluya a los miembros de la persona jurídica como sujetos pasivos del crédito, para garantizar la deuda en beneficio del acreedor.

Por tanto, el segundo supuesto específico consistente en: **“El incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la buena fe patrimonial en el Estado peruano”**, **SE CONFIRMA**, ya que se ha demostrado el perjuicio que se ocasiona a los acreedores y a los accionistas que actúan con buena fe patrimonial, mediante el incumplimiento del respeto de intereses ajenos, que realizan los miembros de una sociedad de capital al aplicar la infracapitalización, sin que esta sea sancionada en el Estado peruano, por lo que se debe incorporar la teoría del levantamiento del velo societario.

4.2.3. Contratación del supuesto general.

El supuesto general es el siguiente: **“El ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano”**. Al respecto, surge la necesidad de iniciar una discusión que permita teorizar su contenido.

PRIMERO. – El derecho subjetivo antisocial, aplicado por los miembros de una sociedad de capital, no respeta el genérico deber de no hacer daño del individuo frente a los demás que, en este caso, vienen a ser los acreedores y accionistas de dicha sociedad, ya que al realizar las acciones de infracapitalización y sólo asumir la responsabilidad limitada con capitales ínfimos, amparándose en la “Ley General de Sociedades, Ley N° 206887”, que no sanciona la infracapitalización y que permite el ejercicio abusivo de derecho ingresando al ámbito de la inmoralidad, que es diferente al derecho subjetivo social donde impera la moralidad, que todo ciudadano debe cumplir en todas sus actividades.

SEGUNDO. – Al aplicarse la infracapitalización, en el ejercicio abusivo de derecho, mediante el derecho subjetivo antisocial de los miembros de una sociedad de capital, se afecta la naturaleza jurídica de la solidaridad social de las obligaciones comerciales, que es un principio fundamental de imperativo deber de cumplimiento de todos los ciudadanos de hacer efectivo los derechos de los demás ciudadanos, en este caso, de pagar las deudas a los acreedores y los accionistas de una sociedad de capital y de no hacer uso del ejercicio abusivo de derecho de la responsabilidad limitada.

TERCERO. – El incumplimiento del respeto de intereses ajenos, que ejercen los miembros de las sociedades de capital al aplicar la infracapitalización mediante el ejercicio abusivo de derecho, la doctrina comparada, la considera como un manejo ilegítimo y se sanciona como fraude de la ley o como el empleo abusivo del contrato de préstamo, porque

perjudica a los acreedores y a los accionistas; sin embargo, en la legislación de nuestro país la infracapitalización de la persona jurídica aún no se encuentra regulada.

CUARTO. – La buena fe patrimonial, es un principio ético y principio general del derecho que actúa como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos generando deberes de conducta, obligando a las personas actuar honesta y diligentemente; en el presente caso, el socio debe pagar el íntegro del aporte al capital garantizando su existencia, exigibilidad y la solvencia del deudor cuando realizó el aporte; sin embargo, la persona jurídica de una sociedad de capital, al aplicar de mala fe la infracapitalización, en el ejercicio abusivo de derecho, vulnera el respeto de intereses ajenos de los acreedores y accionistas en la buena fe patrimonial en el Estado peruano.

En conclusión, el supuesto general referido a: **“El ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano”**, evidencia su relación entre las categorías planteadas, porque el derecho subjetivo antisocial y el incumplimiento del respeto de intereses ajenos aplicados mediante el ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización, afectan a la naturaleza jurídica de la solidaridad social de las obligaciones comerciales y en la buena fe patrimonial correspondientemente del capital asociativo de la persona jurídica, por lo que, se debe modificar el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente”, estableciendo el criterio del aporte mínimo de capital social, referido a la “proporcionalidad del capital social con el objeto social, de modo que, si no se cumple dicha proporcionalidad, sea observada la constitución en sede registral”.

Por tanto, el supuesto general consistente en: **“El ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano”**, **SE CONFIRMA**, porque se ha determinado que la infracapitalización no se encuentra regulada en el Estado peruano y su aplicación en el ejercicio abusivo de derecho

de los miembros de una sociedad de capital, afecta al capital asociativo de la persona jurídica que se encuentra conformada por los acreedores, accionistas y terceros legitimados de dicha sociedad, por lo que se debe modificar el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente”.

4.3. Discusión de los resultados

Respecto al primer supuesto específico que señala:

“El derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano”, al respecto debemos señalar que el derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización, se genera por la inmoralidad en que incurren los miembros de la persona jurídica de una sociedad de capital, al aplicar la infracapitalización, que no encuentra regulada en nuestro país, en ese sentido debemos citar a la tesis internacional, sustentada en el país de Costa Rica por Sauvé (2016), quién desarrolló la tesis titulada: *“El capital social de las sociedades anónimas en Costa Rica, análisis de su naturaleza jurídica: ¿un mero formalismo para su constitución?”*, que tuvo como objetivo explicar “porqué el capital social en las sociedades anónimas costarricenses se trata de un mero formalismo y no cumple con un verdadero fin”, cuyas principales conclusiones son:

“En Costa Rica, la gran mayoría de sociedades inicia sus actividades mediante préstamos u otras figuras jurídicas que no son parte del capital social, y, por lo tanto, éste pierde totalmente su función empresarial”.

“El capital social como tal no es la garantía, éste debería ser la cifra de retención para que la administración de la sociedad no distribuya dividendos, si estos se encuentran por debajo de dicha cifra. Por esta razón, y repitiendo lo indicado en cuanto a la función empresarial, montos simbólicos como los utilizados en su país no podrían jamás considerarse como una cifra de retención que brinde garantía alguna a sus acreedores”.

Como se puede advertir, la tesis internacional citada es materia de discusión de los resultados, pero de forma congruente con la posición que asumimos en la presente tesis, debido a que ambas tesis cuestionan los montos simbólicos o mínimos que aportan como capital social los miembros de la persona jurídica, que no ofrecen garantía a los acreedores y accionistas de las sociedades de capital, y, en ese sentido surge la infracapitalización, la misma que no se encuentra regulada en la legislación peruana y lo mismo ocurre en el país de Costa Rica, sin embargo, la tesis antes mencionada no trata sobre la infracapitalización, sino más bien las acciones sobre aportes con capitales irrisorios o de otras figuras jurídicas que no forman parte del capital social y que plantea modificaciones en su legislación societaria, al igual que nosotros planteamos la modificación de la “Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, a fin de que se prohíba y se sancione la infracapitalización y al ser considerada como un hecho ilícito sea tipificada como delito para su respectiva sanción.

De igual manera podemos citar la tesis nacional de Ocupa (2018) quién desarrolló la tesis titulada: “*El fraude a la ley como forma de evadir a la norma nacional en el derecho internacional privado*”, que tuvo como objetivo determinar si es conveniente regular el fraude a la ley, tomando en cuenta lo desarrollado por la doctrina y la normativa internacional, cuyas conclusiones son:

“La naturaleza jurídica del fraude a la ley, según la doctrina, el derecho comparado y la regulación por organismos supranacionales cuyos tratados tienen carácter vinculante, siendo una figura jurídica no regulada, pero que se encuentran operativa en nuestra economía social de mercado, asimismo se ha analizado diversas propuestas normativas respecto del fraude a la ley, que buscaron una regulación acorde a la realidad socioeconómica”.

“Se determinó que es perfectamente viable regularizar el fraude a la ley en nuestra legislación, proponiendo su incorporación al Libro X del Código Civil de 1984, formalizando

su definición, los efectos de la misma y en qué casos en específico serían aplicables dentro de una relación jurídica”.

Como se puede advertir la tesis nacional antes referida señala que el fraude a la ley no se encuentra regulada y operativa en nuestra economía social de mercado y que es viable que se pueda regular en nuestra legislación en el Libro X del Código Civil de 1984, regulación que estaría acorde a la realidad socio económico; sin embargo, debemos cuestionar en parte lo propuesto en la mencionada tesis, ya que el fraude a la ley es un hecho ilícito que no solo sería tratado en el ámbito civil, sino sancionado en el ámbito penal, siempre y cuando se individualice a los miembros de la persona jurídica de una sociedad de capital, pero también debe estar regulada como una advertencia en la “Ley General de Sociedad, Ley N° 26887”, a fin de evitar la infracapitalización como un fraude a la ley, por otro lado, en el ámbito civil tendría eficacia jurídica para demandar por indemnización de daños y perjuicios a los miembros de la persona jurídica que mediante la infracapitalización afectaron los intereses de los acreedores y accionistas de dicha sociedad.

Por otro lado, la tesis antes citada se relaciona con nuestra investigación en cuanto a que ambas tratan el fraude a la ley y que la nuestra considera que se encuentra regulada en el derecho comparado, pero no en nuestra legislación, la misma que debe ser incorporada para sancionar la conducta de los miembros de la persona jurídica que aplica la infracapitalización, en perjuicio de la naturaleza jurídica de la solidaridad social de las obligaciones comerciales y de la buena fe patrimonial en nuestro país, por lo que es urgente la regulación para prohibir la infracapitalización que de hecho se presenta en nuestra realidad fáctica perjudicando a los acreedores y accionistas de una sociedad de capital, sin sancionar como hecho ilícito y dejando impune dicha conducta.

En cuanto al segundo supuesto específico que señala lo siguiente:

“El incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la buena fe patrimonial en el Estado peruano”.

Debemos señalar que, los miembros de la persona jurídica de una sociedad de capital tienen que cumplir con el respeto de intereses ajenos a fin de no vulnerar la buena fe patrimonial de los acreedores y accionistas de dicha sociedad, sin embargo, en nuestro país ocurre lo contrario, existe el incumplimiento de ese respeto cuando se aplica la infracapitalización, al respecto debemos citar a la tesis internacional desarrollada en el país de Ecuador, por Galvis (2010), quien presentó la tesis titulada: *“El levantamiento del velo societario frente al abuso del derecho y el fraude a la ley: Sus implicancias en el Perú”*, que tuvo como objetivo “analizar el levantamiento del velo societario como solución frente al abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales”, cuya principal conclusión es:

“El incremento de las sociedades artificiales nacionales e internacionales, sin contenido real, que ocultan sus actividades fraudulentas, encubiertas por el velo societario, ha generado tanto perjuicio a terceras personas, incluido el Estado, en ciertos casos a los propios socios de una compañía que ha puesto a la doctrina, a la jurisprudencia y a la legislación frente a la necesidad de encontrar una solución práctica al problema. Ello supone el abandono de la concepción abstracta de la persona jurídica, pero también su efectivo robustecimiento, al liberarla de los abusos que podrían degradarla”.

Como se puede advertir la tesis internacional citada, es congruente con nuestra posición, porque cuando se aplica la infracapitalización por los miembros de la persona jurídica de una sociedad de capital incumpliendo el respeto de los intereses ajenos, afectando a los acreedores y accionistas y a la buena fe patrimonial de estos en dicha sociedad, dichas actividades deben ser considerados como fraudulentos, las mismas que se pueden evidenciar con el levantamiento

del velo societario, a fin de determinar la responsabilidad individualizada de los actores de mala fe en perjuicio de terceros.

De igual manera, podemos mencionar a la tesis nacional presentada por Escobedo & Halanoca (2019) que desarrolló la tesis titulada: “*Tratamiento de la naturaleza jurídica de la responsabilidad y culpabilidad de las personas jurídicas*”, que tuvo como objetivo “analizar la naturaleza de la responsabilidad y la culpabilidad de las personas jurídicas” en nuestro país, quién arriba a una importante conclusión, que es la siguiente:

“La condición sine qua non para la imposición de una sanción penal es la verificación de la culpabilidad, filtro más importante que debe ser superado para hacer efectivo el reproche penal, siendo esto así, las personas jurídicas tienen culpabilidad; sin embargo, su concepción es liminarmente diferente a la culpabilidad de las personas naturales, que es entendida como “la capacidad de usar su libre albedrío, optar por el mal cuando podía y sabía cuál era el bien e inclinarse por él”, mientras que la culpabilidad de las personas jurídicas es entendida como aquel defecto organizativo de la empresa que está delimitado en tres líneas de análisis; (i) defecto en la constitución (finalidad criminal), (ii) defecto en el funcionamiento económico (funciona con dinero sucio y/o financiamiento al terrorismo) y (iii) defecto en los roles y funciones de su personal (operativo); todo ello debe estar controlado y vigilado por el programa de cumplimiento, implementación que debe ser obligatoria para todas las empresas, ahora bien, este defecto organizativo puede ser total o parcial, y de acuerdo a ello se tomará en cuenta y evaluará para la graduación de la sanción penal, que va desde una multa hasta la disolución de la empresa”.

Como se puede advertir, la tesis nacional también en la discusión de resultados mantiene congruencia con la posición que se asume en nuestra investigación, ya que las personas jurídicas en nuestro país asumen culpabilidad por el defecto organizativo de la empresa delimitado en las tres líneas ya indicadas, pero que debe ser controlado por un

programa de cumplimiento obligatorio para todas las empresas, a fin de precisar la graduación de la sanción penal, desde una multa hasta la disolución de la empresa, esta es la posición de la tesis antes señalada; mientras que, la posición que se asume en la presente investigación es que la infracapitalización aplicada mediante el ejercicio abusivo de derecho por los miembros de una persona jurídica de una sociedad de capital debe ser considerado como un ilícito y también prohibida en la “Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, que solo se refiere a esta similar figura cuando se aplica la ley de la reestructuración patrimonial, es decir, después de que ya se produjo el daño mediante el incumplimiento del respeto de intereses ajenos de los acreedores y accionistas y la buena fe patrimonial de estos.

4.4. Propuesta de mejora

Se plantea, como propuesta de mejora, la modificación del “artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, a fin de que señale un monto mínimo como capital social para la constitución de una sociedad de capital, de acuerdo a la naturaleza de las actividades comerciales que plantea su objeto social y de esa manera no se deje abierto el camino para que los ciudadanos de mala fe y con la intención de sacar provecho de las normas que ampara nuestra ley societaria tengan la intención de perjudicar a los acreedores y accionistas de una empresa que desean constituir, aplicando la infracapitalización que no se encuentra regulado en nuestra legislación.

Del mismo modo, incorporar la prohibición de la infracapitalización y sus diferentes tipos en la “Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, y considerarla como un hecho ilícito, a fin de que sea tratado como delito a través de una nueva figura penal de fraude a la ley, lo cual será materia de otra investigación, ya que la nuestra está centrada en la Ley General de Sociedades vigente.

Asimismo, se propone que ante los supuestos de una infracapitalización material se atribuya responsabilidad ilimitada a los miembros de la persona jurídica de una sociedad de

capital, por el hecho de no haber cumplido con una capitalización adecuada, de acuerdo a la actividad empresarial que se plantea, llevada a cabo mediante el levantamiento del velo societario que desconoce la personalidad jurídica de dicha sociedad y se le atribuye responsabilidad de forma solidaria a todos sus miembros, tratándolo como una sociedad que se encuentra en formación.

De igual manera, la propuesta está enmarcada que cuando se aplica la infracapitalización nominal, los aportes de los miembros de la persona jurídica, que se realizan como préstamos, estos sean considerados dentro del patrimonio de dicha empresa que se encuentra infracapitalizada, con la finalidad de evitar que la jerarquía del pago de los préstamos realizados a la sociedad por sus propios miembros sean pagados después que se le pagó a los acreedores, por tener mayor derecho y jerarquía que los miembros de la persona jurídica.

**4.4.1. PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN
MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY GENERAL DE
SOCIEDADES**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En la “Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, publicada el 09 de diciembre de 1997”, en su Artículo 22 en lo referido a los aportes señala: “cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. (...)”, en mérito a lo antes señalado, nuestra legislación societaria no exige un monto de aporte como capital mínimo para la constitución de sociedades de capital, dejando a la libre decisión de los socios. De esta manera, los aportes desde un inicio o en circunstancias sobrevenidas, el monto del capital puede llegar a ser insuficiente para que la sociedad desarrolle las actividades que planificó, es en este contexto que surge la infracapitalización que, se entiende como la falta de un capital que sea suficiente para el desenvolvimiento normal de las actividades de la sociedad y que

posteriormente pueda garantizar las obligaciones contraídas frente a sus acreedores y a los accionistas que conforman dicha sociedad.

La infracapitalización, aplicada por los miembros de la persona jurídica de una sociedad de capital genera en nuestro país inseguridad jurídica, sobre todo en el ámbito societario, asimismo genera que se desvalorice el capital social, ya que al no contar con un capital en el que se pueda desenvolver normalmente las actividades que tienen relación con toda la sociedad, es decir, con los acreedores que pueden ser los que otorgan préstamos, los que proveen los requerimientos de la sociedad, los trabajadores y el propio Estado, se encuentran desprotegidos y ante el requerimiento de estos, mediante exigencias prejudiciales y judiciales, sus pretensiones se verán frustradas, ya que el capital social irrisorio de la sociedad que aplicó la infracapitalización es el que terminará por responder frente a estos acreedores, más no podrán responder los socios que de mala fe llevaron a cabo el perjuicio a los terceros, conducta que en nuestro país, no es considerada como un hecho ilícito.

La conducta de los miembros de la persona jurídica de una sociedad de capital, que aplican la infracapitalización, se amparan a la responsabilidad limitada, y como consecuencia de ello, se generan quiebras de las empresas, acreedores que se ven perjudicados por la no devolución de sus préstamos y del mismo modo accionistas que no pueden hacer efectivo sus acciones, en este contexto, se pierde el incentivo de los empresarios, microempresarios y otros ciudadanos que desarrollan actividades empresariales, ocasionando su salida del mercado comercial y financiero, reduciéndose la producción en la economía, y las consecuencias que esta genera como el desempleo de trabajadores, por lo que es necesario que el artículo 22 de la Ley de Sociedades vigente, sea modificado a fin de establecer montos mínimos de aporte como capital social para la constitución de sociedades de capital, referido a la

proporcionalidad del capital social con el objeto social, de modo que, si no se cumple dicha proporcionalidad, sea observada la constitución en sede registral y de esta manera evitar la inseguridad jurídica.

ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La modificación del “artículo 22 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887”, beneficiará a las personas que son perjudicadas al aplicarse la infracapitalización de una sociedad de capital, ya que si se establece montos mínimos para la constitución de sociedades de capital, entonces, los terceros perjudicados tendrán seguridad jurídica de que el capital social destinado para la ejecución de lo planificado por las sociedades, cubra el pago de los préstamos que otorgaron, asimismo como de los bienes y servicios que prestaron, también se beneficiarán los accionistas que podrán hacer efectivo las acciones que aportaron.

Al haberse fundamentado el beneficio a los ciudadanos de una parte de la sociedad, la modificación no genera pérdida de costos en lo que corresponde a las atribuciones o facultades de los ciudadanos.

I. IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Propuesta modificatoria:

LEY GENERAL DE SOCIEDADES	Formula normativa propuesta
<p>Artículo 22. - Los aportes Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. Contra el socio moroso la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo o excluir a dicho socio por el proceso sumarísimo. El aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado, salvo que se estipule que se hace a otro título, en</p>	<p>“Artículo 22. – Los aportes El capital social que debe ser aportado por los socios debe tener una relación de correspondencia y proporcionalidad con el objeto social de las actividades a desarrollarse, a fin de que sean aseguradas las actividades a desarrollarse y garantizadas las obligaciones contraídas, de modo que, si no se cumple dicha proporcionalidad, sea observada la constitución en sede</p>

<p>cuyo caso la sociedad adquiere solo el derecho transferido a su favor por el socio aportante.</p> <p>El aporte de bienes no dinerarios se reputa efectuado al momento de otorgarse la escritura pública.</p>	<p>registral. Contra el socio moroso la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo o excluir a dicho socio por el proceso sumarísimo.</p> <p>El aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado, salvo que se estipule que se hace a otro título, en cuyo caso la sociedad adquiere solo el derecho transferido a su favor por el socio aportante.</p> <p>El aporte de bienes no dinerarios se reputa efectuado al momento de otorgarse la escritura pública.</p>
---	--

En esta propuesta se exige que cuando una sociedad de capital determina su objeto social como puede ser importación, exportación, fabricación, comercialización y otros, dichas actividades a desarrollarse deban contar con un capital social que, en cada una de sus operaciones, el monto presupuestado para llevar a cabo la ejecución de dicha actividad debe contar con el capital suficiente para el cumplimiento de su objetivo, pero también para el cumplimiento de las obligaciones asumidas, de manera que no se perjudique a los acreedores y accionistas.

CONCLUSIONES

1. Las personas jurídicas de una sociedad de capital, al hacer uso del derecho objetivo antisocial, en el ejercicio abusivo de su derecho, aplicando la infracapitalización, que no se encuentra regulada y prohibida en nuestra legislación societaria, perjudican a los acreedores y accionistas que se encuentran inmersos en la solidaridad social de las obligaciones comerciales del Estado peruano.
2. Los miembros de una sociedad de capital, que actúan con el incumplimiento del respeto de intereses ajenos, en el ejercicio abusivo de su derecho, al aplicar la infracapitalización, que no cumple con las funciones del capital social, perjudican la buena fe patrimonial de los acreedores y accionistas del Estado peruano.
3. El derecho subjetivo antisocial y el incumplimiento del respeto de intereses ajenos, realizado por los miembros de una sociedad de capital, en el ejercicio abusivo de su derecho, mediante la infracapitalización, que permite el artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente, afecta el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano.

RECOMENDACIONES

- Regular normativamente en la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, la prohibición de la infracapitalización, en el Libro I, referido a las Reglas Aplicables a todas las Sociedades.
- Establecer normativamente, la responsabilidad de la infracapitalización, aplicando la teoría del levantamiento del velo societario, a fin de que los jueces, separen el patrimonio de la persona jurídica, como una medida excepcional, de última ratio, cuando se acredita el fraude a la ley y el ejercicio abusivo de derecho, en la que no se cumple con las funciones del capital social.
- Modificar el artículo 22 de la Ley General de Sociedades vigente, estableciendo el criterio de aporte de un monto mínimo de capital social, referido a la proporcionalidad del capital social con el objeto social, de modo que, si no se cumple dicha proporcionalidad, sea observada la constitución en sede registral.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albaladejo, M. (1993). *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch.
- Álvarez de Toledo, L. (1997). *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmarascamiento*, segunda edición. Madrid: Colex.
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica; Diseño del proyecto de investigación; Estructura y redacción de la tesis*. Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo Teórico-Práctico del diseño y redacción de la tesis en Derecho*. Perú: Editora y Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Bances, S. (2018). *La sociedad en comandita y su inaplicabilidad en el ordenamiento jurídico nacional*. Tesis para optar el título de Abogado por la Universidad Señor de Sipán. Recuperado de: <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/5118/Bances%20Acosta%20Salvador%20Bernardo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bernal, M. (1982). *El abuso de Derecho*. Madrid. Editorial Montecorvo.
- Boldo, C. (1993). *El Levantamiento del Velo y la Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Borda, A. (1996). “*Manual de Derecho Civil – Parte General*”. Buenos aires: Editorial.
- Borja, R. (1997). *El poder de la tecnocracia nunca ha sido mayor que en nuestros días*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Castiglione, J (1991). *El abuso del derecho*. Buenos Aires: Editorial Valerio.
- Constitución Política del Perú (29/12/1993)
- Cortés, M. e Iglesias, M. (2004). “*Generalidades sobre metodología de la investigación*”. Ciudad del Carmen-México: Universidad Autónoma del Carmen.

- Couture (1988). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires
- De Castro, F. (1984). *La persona jurídica 2da. Edición*. Madrid: Civitas S.A.
- De Ángel, R. (1997). *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, cuarta edición. Madrid: Civitas.
- De Trazegnies, F. (1978). *La transformación del derecho de propiedad*. Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Dobson, J. (1985). *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*. Buenos Aires: Depalma.
- Echaiz, D. (2002). *La empresa en el derecho moderno*. Lima: Gráfica Horizonte.
- Echaiz, D. (2018). *Manual Societario. Doctrina, Legislación & Jurisprudencia*. Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- Escobedo, J. & Halanoca, L. (2019). *Tratamiento de la naturaleza jurídica de la responsabilidad y culpabilidad de las personas jurídicas*. Tesis para optar el título de Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano. Recuperado de: http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/10276/Escobedo_Johana_Halanoca_Lorenzo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Escrihuela, J. (2019). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Tesis para optar el título de Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad Católica de Murcia. Recuperado de: <http://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/4013/Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Fernández, C. (1999). *Abuso del derecho*, 2. Edición. Perú: Grijley.
- Galvis, M. (2010). *El levantamiento del velo societario frente al abuso del derecho y el fraude a la ley: Sus implicancias en el Perú*. Tesis para optar el título de Abogado de los

- Tribunales de Justicia del Ecuador por la Universidad del Azuay. Recuperado de:
<http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/903/1/07990.pdf>
- García, P. & Gross, R. (1994). *Diccionario Larousse, Manual Ilustrado*. Francia: Editorial Larousse.
- Jiménez, J. (2018). *La responsabilidad solidaria del grupo de empresas en las obligaciones laborales según el pleno jurisdiccional nacional laboral del año 2008*. Tesis para optar el título de Abogado por la Universidad de Piura. Recuperado de:
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2475/DER_053.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Kelsen, H. (1993). “*Introducción a la Teoría Pura del Derecho*”. Perú: Editorial 2 Ed. Luis Alfredo Ediciones.
- Laura, E.; Vinelli, M. & Delgado, P. (2019). *La problemática de la responsabilidad tributaria del contrato de consorcio: análisis y aportes a partir de la regulación societaria en el Perú*. Tesis para optar el Título de Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo por la Graduate School of ESAN Business. Recuperado de:
https://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12640/1723/2019_MAFDC_17-1_05_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Luquin, B. (2005). *Mecanismos jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*. Madrid.
- Maidava, S. (2016). *¿Es eficiente, en el sentido del análisis económico del derecho, la normativa referente al capital social, su aplicación y contralor en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante la infracapitalización de las sociedades anónimas?* Tesis para optar el título de Maestría en Derecho Empresario Económico por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Recuperado de:
<https://silo.tips/download/tesis-academica-maestria-en-derecho-empresario-economico-facultad-de-derecho-pon>

- Martinez M. (1998). *Abuso de derecho*. Madrid.
- Maurino. (2001). *Abuso del Derecho Procesal*. Buenos Aires. Perrot, Decimoctava.
- Mispireta, C. (2018). *Abusos y fraudes realizados a través de la persona jurídica*. Lima: Pacífico editores S.A.C.
- Mosset, J. (1992). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Ocupa, B. (2010). *El fraude a la ley como forma de evadir a la norma nacional en el derecho internacional privado*. Tesis para optar el título de Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Recuperado de: http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1484/1/TL_OcupaSanchezBammy.pdf
- Odorqui, G. (2014). *Abuso de derecho; en civil, comercial, procesal, laboral, y administrativo*, Lima: ediciones legales.
- Ossorio, M. (1982). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Pazos, J. (2016). *La persona jurídica de derecho privado en el sistema jurídico peruano: ensayo de una teoría general*. Tesis para optar el título de Doctor en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide. Recuperado de: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/5366/pazos-hayashida-tesis-16-17.pdf?sequence=1>
- Perlingieri. (2008). *El derecho Civil en la legalidad constitucional*. Madrid. Editorial Dykinson
- Ramos, J. (2008). *Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado*. Perú: Segunda Edición; Editorial San Marcos E.I.R.L., editor.
- Rezzónico, J. (1999). *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea.
- Sauvé, S. (2016). *El Capital Social de las Sociedades Anónimas en Costa Rica, Análisis de su Naturaleza Jurídica: ¿Un Mero Formalismo Para su Constitución?* Tesis para optar el título de Licenciatura en Derecho. Recuperado de: <https://ijj.ucr.ac.cr/wp->

[content/uploads/bsk-pdf-manager/tesis_-_capital_social_29-2-2016_-_version_para_imprimir_157.pdf](#)

- Serick, R. (1958). *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Ariel.
- Velásquez, A. y Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Vidal, F. (1999). *El acto jurídico IV Edición*. Lima: Gaceta jurídica editores.
- Villegas, L., Marroquín, R., Del Castillo, V. y Sánchez, R. (2011). “*Teoría y praxis de la investigación científica; Tesis de Maestría y Doctorado*”. Lima-Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Vivanco, P. (2017). “*Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas*”. (Maestría). Recuperado de: [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9860/Vivanco_Nu%
3%b1ez_Fundamentos_concepci%
c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9860/Vivanco_Nu%c3%b1ez_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- Warat, L. (1969). *El abuso del derecho y las lagunas de la ley*. Buenos Aires: Editorial Abeledo- Perrot.
- Zelayaran, M. (2009). *Metodología de la investigación jurídica*. Perú: Ediciones Jurídicas.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

“El ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización y el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano”

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	SUPUESTOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	SUPUESTO GENERAL		
¿De qué manera el ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano?	Determinar de qué manera el ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano.	El ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en el capital asociativo de la persona jurídica en el Estado peruano.	<p>Categoría 1</p> <p>El ejercicio abusivo de derecho de la infracapitalización</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Derecho subjetivo antisocial. • Incumplimiento del respeto de intereses ajenos. <p>Categoría 2</p> <p>El capital asociativo de las personas jurídicas</p> <p>Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El capital asociativo de la solidaridad social de obligaciones. • La buena fe patrimonial. 	<p>Enfoque metodológico de la investigación</p> <p>“La investigación es de un enfoque cualitativo teórico”</p> <p>Metodología paradigmática de la investigación</p> <p>“Investigación teórica jurídica con tipología de corte propositivo”</p> <p>Diseño del método paradigmático</p> <p>Se aplicó la interpretación exegética para analizar el “artículo 22 de la Ley General de Sociedades”</p> <p>Escenario de estudio</p> <p>“Ordenamiento jurídico peruano”</p> <p>Caracterización de sujetos o fenómenos</p> <p>Se analizó las estructuras normativas y las posturas doctrinarias del ejercicio abusivo de derecho de la infracapitalización</p> <p>Técnicas e instrumento de recolección de datos</p> <p>“La técnica del análisis documental y se hará uso del instrumento la ficha textual y de resumen, para recopilar datos de los libros y textos legales”.</p> <p>Procesamiento y análisis</p> <p>“Mediante la hermenéutica se procesarán los datos del fichaje para interpretar y fundamentar racionalmente los supuestos”.</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS		
¿De qué manera el derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano?	Determinar de qué manera el derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano.	El derecho subjetivo antisocial del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la naturaleza jurídica de la solidaridad social de las obligaciones comerciales en el Estado peruano.		
¿De qué manera el incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en la buena fe patrimonial en el Estado peruano?	Determinar de qué manera el incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye en la buena fe patrimonial en el Estado peruano.	El incumplimiento del respeto de intereses ajenos del ejercicio abusivo de derecho en la infracapitalización influye negativamente en la buena fe patrimonial en el Estado peruano.		

Anexo 2: Matriz de Operacionalización de categorías

CATEGORÍAS	SUB-CATEGORÍAS
El ejercicio abusivo de derecho de la infracapitalización	Derecho subjetivo antisocial
	Incumplimiento del respeto de intereses ajenos
El capital asociativo de las personas jurídicas	El capital asociativo de la solidaridad social de obligaciones comerciales
	La buena fe patrimonial

Anexo 3: Matriz de Operacionalización del instrumento (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)

No es aplicable al presente caso por ser de enfoque cualitativo teórico.

Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia, es decir, se adjunta, alguna de ellas:

“FICHA TEXTUAL: Consecuencias del ejercicio abusivo de derecho”

“DATOS GENERALES: Larenz, C. (1994). Determinación Judicial de la Pena. Lima-Perú: Editorial El Búho E.I R.L”.

CONTENIDO: “La posibilidad de la inexigibilidad puede sobrevenir cuando ello se exigido por la tutela de los más altos intereses, especialmente en consideración de la vida y la salud del deudor o de sus familiares, o bien que corresponda a un deber moral más elevado que el de la prestación”

“FICHA TEXTUAL: Concepto de abuso de derecho”

“DATOS GENERALES. Ordoqui, F. (2014). Comentarios al Código Penal. Lima-Perú: Editorial El Búho E.I R.L”.

CONTENIDO: “Cuando se ejerce un derecho sin respetar la finalística que justifico su existencia y se buscan otros fines diferentes, y, por tanto, no reconocidos por el orden jurídico, entramos en la figura de lo ilícito y abusivo (...)”.

“FICHA RESUMEN: La teoría general del abuso de derecho”

“DATOS GENERALES: Fernández, J. (1999). Página 486”

“CONTENIDO: Es aquel derecho subjetivo transgredido mediante la omisión o vulneración, generándose un acto ilícito que no llega a ser materia de la responsabilidad civil”.

Al haber detallado que, la información va a ser recolectada a través de la ficha “textual, de resumen y bibliográfica”; debemos precisar que esta no va a ser suficiente para la realización de la investigación, por ello, se empleó un análisis formalizado o de contenido, con el objeto de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, en ese sentido, se analizó las propiedades exclusivas e importantes de las supuestos en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184). Por lo mismo, se recolectó de la siguiente manera:

Habiendo considerado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los diversos textos, se afirma que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp. 203-204).

En ese contexto, se empleó la siguiente estructura: “(1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar para teorizar los conceptos”.

Anexo 5 hasta el 10: (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)

No es aplicable al presente caso por ser de un enfoque cualitativo teórico.

Anexo 11: Declaración de autoría**DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

En la fecha, yo Diana Canchanya Huamán, identificada con DNI N° 41280841, domiciliada en la avenida Arterial N° 1999, del distrito de Chilca, provincia de Huancayo y Departamento de Junín, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “EL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHO EN LA INFRACAPITALIZACIÓN Y EL CAPITAL ASOCIATIVO DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ESTADO PERUANO”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, julio del 2023

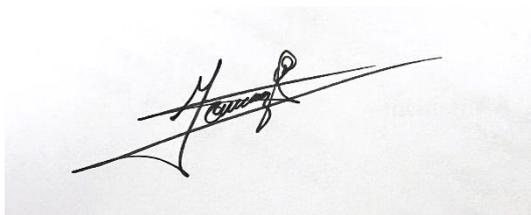


DNI N° 41280841
Diana Canchanya Huamán

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

En la fecha, yo María Elizabeth Gomez Quispe, identificada con DNI N° 76152714, domiciliada en el jirón Sebastián Lorente N° 827, del distrito y provincia de Huancayo, y departamento de Junín, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “EL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHO EN LA INFRACAPITALIZACIÓN Y EL CAPITAL ASOCIATIVO DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ESTADO PERUANO”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, julio del 2023



DNI N° 76152714
María Elizabeth Gomez Quispe