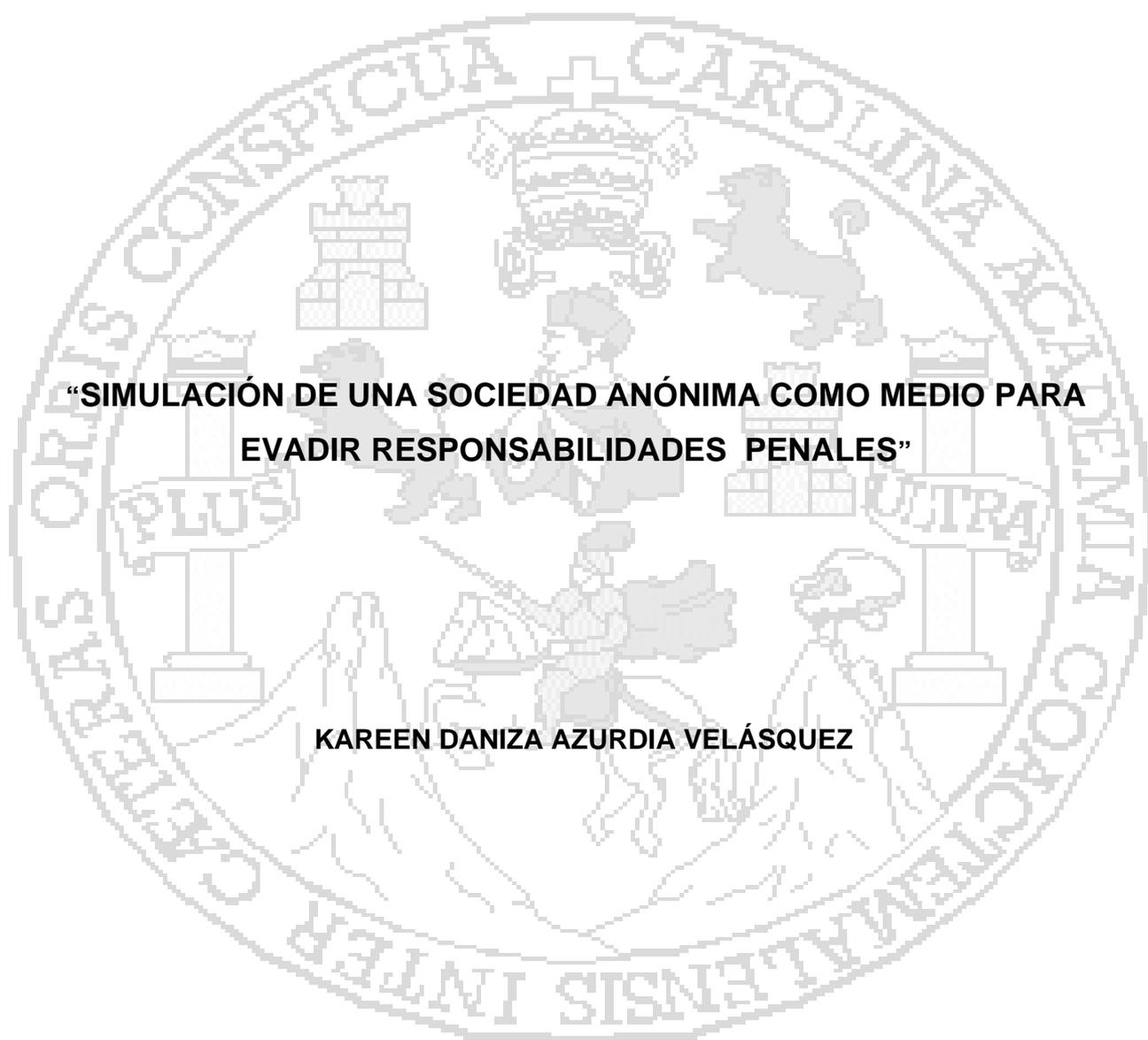


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**



**“SIMULACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO MEDIO PARA
EVADIR RESPONSABILIDADES PENALES”**

KAREEN DANIZA AZURDIA VELÁSQUEZ

GUATEMALA, MAYO DE 2007

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**“SIMULACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO MEDIO PARA
EVADIR RESPONSABILIDADES PENALES”**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

KAREEN DANIZA AZURDIA VELÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

GUATEMALA, MAYO DE 2007

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic.	Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic.	César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic.	Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br.	José Domingo Rodríguez
VOCAL V: Br	Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Marroquín Aceituno
Vocal:	Lic. Julio Roberto Echeverría Vallejo
Secretario:	Lic. Carlos Ronaldo Paíz Xulá

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
Vocal:	Lic. Héctor René Marroquín Aceituno
Secretario:	Lic. Carlos Humberto De León Velasco

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en el contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).”

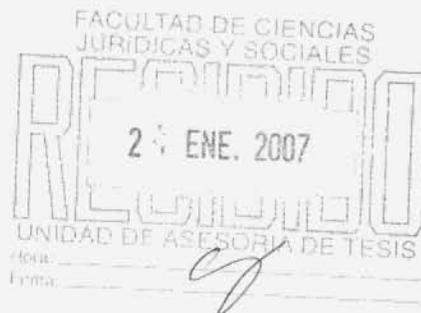
**CORPORACION DE SERVICIOS JURIDICOS
BUFETE ASOCIADO**

Lic. Rafael Morales Solares



Guatemala, octubre 26 de 2006

Señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala,
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Ciudad



Respetable Licenciado Castillo Lutín:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esta unidad, de fecha nueve de octubre del dos mil seis, en el que se dispone nombrarme como asesor, del trabajo de tesis de la bachiller KAREEN DANIZA AZURDIA VELÁSQUEZ, el cual se titula "SIMULACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO MEDIO PARA EVADIR RESPONSABILIDADES PENALES", para lo cual rindo el siguiente dictamen:

Expreso a usted, que el trabajo fue realizado con las recomendaciones, modificaciones e instrucciones dadas, en vista de la contribución técnica y científica, que se hace a través de la presente tesis en cuanto al análisis de la existencia de la simulación como un medio utilizado por personas inescrupulosas al crear Sociedades anónimas con el fin evadir responsabilidades penales.

La técnica de investigación utilizada, ha sido el método de Análisis-síntesis y el Inductivo-deductivo, los que han servido de guía en el desarrollo del presente estudio, además el apoyo de la técnica bibliográfica y documental para estructurar debidamente la información existente, quedando dichos extremos garantizados en la presentación del informe final, lo que asociado a una buena redacción y la importancia de las fuentes consultadas, trae consigo que la presente sea una investigación bien estructurada.

Coincido con la postura manejada en las conclusiones y recomendaciones del trabajo de tesis, en el sentido, que la simulación de una Sociedad Anónima tiene como objeto obtener lucro, apartándose de la realidad y creando de esta forma figuras delictivas.

En conclusión, y en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito derivadas del examen del trabajo, y por las razones anteriormente expresadas, considero que es procedente emitir dictamen favorable al mismo, debiendo continuar con el trámite respectivo.

Deferentemente,

Rafael Morales Solares
Abogado y Notario



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, treinta de enero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) MARISOL MORALES CHEW**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **KAREEN DANIZA AZURDIA VELÁSQUEZ**, Intitulado: **"SIMULACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO MEDIO PARA EVADIR RESPONSABILIDADES PENALES"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTIÑ
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

LICDA. MARISOL MORALES CHEW,
5ta. Avenida y 11 calle 11-70 zona 1
Tel. 22381503



Guatemala, 22 de febrero del 2007

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria
Guatemala

Licenciado Castillo:

Respetablemente me dirijo a usted para informar que revisado el expediente de tesis de la bachiller Kareen Daniza Azurdía Velásquez, titulado: "SIMULACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO MEDIO PARA EVADIR RESPONSABILIDADES PENALES", manifiesto:

PRIMERO: Que el expediente presentado se encuentra en orden. SEGUNDO: Dicho expediente cumple con los requisitos establecidos en el reglamento de elaboración de tesis para que pueda ser discutido en el examen correspondiente. TERCERO: Por lo anterior, se da por aprobado el contenido y título del trabajo de investigación.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'MTC', written over a horizontal line.

discutido en el examen correspondiente. TERCERO. Por lo anterior, se da por aprobado el contenido y título del trabajo de investigación.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'MTC', written over a horizontal line.

discutido en el examen correspondiente. TERCERO. Por lo anterior, se da por aprobado el contenido y título del trabajo de investigación.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'MTC', written over a horizontal line.

discutido en el examen correspondiente. TERCERO. Por lo anterior, se da por aprobado el contenido y título del trabajo de investigación.

Atentamente



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de marzo del año dos mil siete

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante KAREEN DANIZA AZURDIA VELÁSQUEZ, Titulado "SIMULACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO MEDIO PARA EVADIR RESPONSABILIDADES PENALES" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis. -

MTCL/slh



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Concepción doctrinaria de la sociedad mercantil.....	1
1.1 El fenómeno asociativo y la importancia de las sociedades mercantiles.....	1
1.2 Concepto doctrinario y legal de sociedad	2
1.3 Perspectivas generales de la sociedad mercantil	3
1.4 Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.....	4
1.4.1 Origen y antecedentes.....	5
1.4.2 Teoría de la ficción y la tesis ascarelliana sobre el otorgamiento de la personalidad jurídica	7
1.4.3 Sistemas utilizados para el otorgamiento de la personalidad jurídica.....	9
1.4.4 Requisitos para el otorgamiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.....	13
1.5 La sociedad anónima.....	14
1.5.1. Naturaleza jurídica de la sociedad anónima.....	14
1.5.2 Características de la sociedad anónima.....	17
1.5.3. Constitución de una sociedad anónima.....	17
1.5.4. Administración de la sociedad anónima.....	18
1.5.5 Elementos que conforman la sociedad anónima.....	20
1.5.5.1 Elementos personales.....	20
1.5.5.2 Elementos patrimoniales.....	23
1.5.5.3 Elementos formales.....	24

CAPÍTULO II

2. La simulación.....	27
2.1 Definiciones de simulación.....	27
2.2 Clasificaciones de la simulación.....	28
2.3 Naturaleza de la simulación.....	29

	Pág.
2.3.1 Tesis de la inexistencia.....	29
2.3.2 Tesis de la invalidez.....	29
2.4 Acción de simulación.....	30

CAPÍTULO III

3. Legislación nacional y extranjera respecto a la sociedad anónima, delitos que pueden cometer por medio de la simulación	33
3.1 La Estafa y otras defraudaciones: concepto y elementos.....	33
3.1.1 La acción típica.....	33
3.1.2 Especies básicas de defraudación: estafa y abuso de confianza.....	33
3.1.3 El perjuicio patrimonial.....	34
3.1.4 El ardid y el engaño.....	35
3.1.5 La simple mentira.....	36
3.1.6 El silencio.....	36
3.1.7 El error.....	37
3.1.8 Elemento subjetivo.....	37
3.1.9 Consumación y tentativa.....	38
3.2 Estafa mediante informaciones contables.....	38
3.3 Defraudación tributaria.....	40
3.3.1 La postura de Welzel.....	41
3.3.2 La posición de la dogmática moderna.....	42
3.4 Quiebra fraudulenta... ..	44
3.5 Previsión legal.....	45
3.5.1 Bien Jurídico afectado... ..	46
3.5.2 Problemas de autoría.....	47
3.5.3 Hechos anteriores a la declaración de quiebra	50
3.5.4 Requerimientos del dolo en los hechos anteriores a la declaración de la quiebra.....	51

	Pág.
3.5.5 Características especiales de los hechos previstos en el inciso 2º:.....	53
3.6 Legislación nacional que regula la sociedad anónima, delitos que pueden cometer por medio de la simulación.....	54
3.7 Legislación internacional.....	56

CAPÍTULO IV

4. Análisis doctrinario y crítico sobre la simulación de la sociedad anónima como medio para evadir responsabilidades penales.....	59
4.1 Inexistencia de la sociedad cuando se da la simulación en la constitución de la sociedad anónima.....	59
4.2 El abuso de la personalidad jurídica.....	61
4.3 Inoponibilidad de la personalidad jurídica (aspectos procesales).....	64
4.4 Personalidad jurídica y su desestimación.....	68
 CONCLUSIONES.....	 75
RECOMENDACIONES.....	77
ANEXO.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	107

INTRODUCCIÓN

El tema que desarrollaré es bastante extenso y de mucha actualidad. La globalización ha impuesto formas de comerciar a gran escala, donde el comerciante individual es casi nulo en los grandes negocios y se hace necesaria la intervención de grandes empresas (sociedades anónimas) que puedan competir en un mercado emergente y competitivo exigiendo la participación de comerciantes capaces de poder afrontar los retos del nuevo orden mundial en materia comercial. Como consecuencia de esto, el Estado de Guatemala se ha visto de en la necesidad de hacer menos burocrático el trámite administrativo al momento de inscribir una sociedad mercantil, otorgándole con mucha facilidad la personalidad jurídica necesaria para actuar en la esfera de los negocios comerciales.

Determinar cuando comienza la personalidad de una persona jurídica colectiva, como la de una sociedad mercantil, es algo relativamente sencillo, la ley (código de comercio)¹ establece la forma como se constituye la misma. En relación a esta (la personalidad), lo que motiva la presente investigación no es en si la referida “investidura Jurídica”; sino el abuso que se hace de esta para constituir sociedades mercantiles, utilizándolas como empresas de papel, donde los socios permanecen ocultos y utilizan la representación legal de una persona designada por ellos, para que responda de las obligaciones de las cuales deberían ser responsables los socios. Cuando da inicio la personalidad de una persona jurídica colectiva, es, como lo mencionamos arriba, algo fácil, lo difícil es determinar la responsabilidad penal de los socios accionistas de la misma.

Visto de otra forma, como se puede “probar” que el representante legal de la sociedad actuó por orden de los accionistas. Para nadie es un secreto que en una sociedad anónima la mayor cantidad de acciones pertenece solo a una persona, la cual por su mayoría de acciones, le otorga control sobre la misma; control que muchas veces es abordado para utilizar a la sociedad dirigida hacia fines ajenos para los cuales fue

¹ Ver artículo 14. Decreto 2-70. Código de Comercio.

constituida la misma. Es este mal uso de la personalidad de la sociedad es lo que me motivo a realizar el presente estudio, esperando este lo suficientemente sustentado, dado que el problema esta tomado de la realidad objetiva, que diariamente se da en el ordenamiento jurídico Guatemalteco.

Que una “persona jurídica Colectiva” entre en el mundo de lo normativo es, sin duda, algo necesario a favor del tráfico mercantil, pero que; en países como el nuestro; sea utilizado como medio para evadir responsabilidades, tanto civiles como penales, es algo que debe ser evitado por todos los medios. Dado que el Código de comercio establece que la personalidad jurídica de una sociedad mercantil es distinta de los miembros que la componen, determinar la responsabilidad de los socios es algo bastante difícil, por las razones anteriormente expuestas. En este orden de ideas los objetivos de la presente investigación, es determinar si se puede perseguir penalmente a los socios accionista de una sociedad anónima que han incurrido en actos delictivos sancionados por las leyes, utilizando como medio la personalidad de la sociedad mencionada, además se pretende despejar diversas dudas que surgen cuando se estudia las instituciones que componen el derecho mercantil; como lo es la sociedad anónima y su trascendencia en la estructura jurídica guatemalteca, dado que en la actualidad se suele etiquetar al derecho mercantil, como aquel que es propio de los grandes capitales, cosa que es totalmente falsa, dado que el derecho solo es uno y pertenece a todos los miembros de la sociedad que la componen, puesto que, utilizado de una manera correcta, es la fuente de los estados responsables, donde el poder económico se ve limitado por la fortaleza de las instituciones jurídicas estatales.

El presente trabajo de tesis está compuesto por cuatro capítulos, cuyos contenidos guardan una secuencia lógica e integrada en relación al tema principal, el capítulo I trata de la concepción doctrinaria de la sociedad mercantil, el capítulo II se refiere a la simulación, el capítulo III trata sobre la legislación nacional y extranjera respecto a la sociedad anónima, delitos que pueden cometer por medio de la simulación, en el capítulo IV se hace el análisis doctrinario y crítico sobre la simulación de la Sociedad Anónima como medio para evadir responsabilidades penales.

CAPÍTULO I

1. Concepción doctrinaria de la sociedad mercantil

1.1 El fenómeno asociativo y la importancia de las sociedades mercantiles

Abundantemente se ha hablado del fenómeno económico, jurídico y social del fenómeno asociativo que ha invadido dichas esferas, en virtud que en la actualidad no puede hablarse a la ligera de dichas circunstancias, sobre todo cuando del mismo se desprenden infinidad de consecuencias. Dentro del estudio del Derecho Mercantil concierne la proliferación de este fenómeno de orígenes económicos, propiamente la revolución industrial y sus consecuencias en los países del primer mundo. De la narración histórica se desprende la necesidad de incorporar aumentos de capitales en manos de consorcios o corporaciones que hicieran las veces de una persona para la coordinación de los factores de la producción.

De esta cuenta, puede observarse ese proceso evolutivo del capital y factores de producción con su consecuente estudio y objetivización jurídica tal como lo indica Richard y Muiño²: “La estructura societaria constituye una de las más modernas expresiones del hombre en búsqueda de medios para realizar la actividad comercial e industrial necesaria a su compleja coexistencia económica actual. En la conformación aproximada con que hoy la conocemos data... de fines del siglo pasado, cuando la revolución industrial comenzó a operarse y el cada vez más próspero “maquinismo”, que se extendería por todo el orbe, elevó bruscamente los medios de producción, haciendo necesario, como consecuencia, el concurso de grandes estructuras: las empresas comerciales e industriales que desde entonces fueron multiplicándose vertiginosamente, requiriendo para su desenvolvimiento ingentes sumas que no se encontraron disponibles en manos de pocas personas... fue necesario recurrir al aporte de los ahorristas y pequeños inversores... la generación de patrimonios autogestantes escindidos de las personas

² *Richard, Efraín y Orlando Muiño*. Derecho societario. Buenos Aires, Argentina. Ed. Astrea. 2000. Pág. 5.

físicas –que organizaban, conducían o invertían en el negocio- era el requerimiento económico”.

Es por las circunstancias mencionadas que el fenómeno asociativo impactó el terreno del Derecho Comercial, ya que éste debía regular convenientemente instituciones y figuras legales de la incorporación de capitales provenientes de diferentes personas con un fin lícito común, que persiguiera el lucro en sus actividades. Es precisamente de éste fenómeno que surgen las sociedades comerciales. En palabras de Broseta Pont³ del fenómeno asociativo deviene las agrupaciones comerciales: “Del fenómeno asociativo nos interesa exclusivamente el que se presenta cuando se agrupan personas (físicas o jurídicas) para realizar una actividad económica lucrativa con el fin de repartirse las ganancias obtenidas. Cuando así ocurre, surge una base personal colectiva ligada por un contrato de sociedad, lo cual justifica, como hemos visto, la atribución del estatuto de empresario mercantil (colectivo o social) a la persona jurídica que nace del contrato de sociedad si se respetan determinados requisitos legales”.

1.2 Concepto legal y doctrinario de sociedad

En palabras de Broseta Pont⁴ la sociedad es “...un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria para realizar una actividad económica con el fin de obtener lucro que sea repartible entre todas ellas”. Por su parte Gutiérrez Falla⁵ al diferenciar la sociedad de la empresa mercantil señala: “Así, pues, los conceptos de sociedad y de empresa están claramente definidos en legislaciones como la hondureña: la una, persona jurídica que constituye el comerciante titular, cuya actividad consiste en producir con ánimo de lucro bienes y servicios para el público; la otra, el instrumento, los bienes de producción debidamente organizados y puestos en marcha por el comerciante para poder operar en el mercado”. En nuestra legislación mercantil no se ofrece una definición de la misma, debiéndonos remitir al concepto legal contenido en el artículo 1728 del Código Civil que establece: “La sociedad

³ Broseta Pont, Manuel. Manual de derecho mercantil. Ed. Tecnos. Madrid, España. 1974. Pág 148.

⁴ Broseta Pont, Manuel, **Op. cit.**, pág. 149.

⁵ Gutiérrez Falla, Laureano F. derecho mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1988. Pág. 39.

es un contrato por que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias”.

De las definiciones anteriores pueden concluirse que la sociedad mercantil es un contrato y al mismo tiempo una persona jurídica sujeta a adquirir derechos y contraer obligaciones, mediante la unificación de capitales de dos o más personas, los cuales se ponen en marcha para la generación de ganancias dentro del campo económico. El asunto no está distante de discusiones doctrinarias, por cuanto algunos tratadistas se inclinan por entender las sociedades comerciales como un ente ficticio, una creación artificial del legislador que equipara a dicha persona colectiva con las facultades propias de la persona individual, y más recientemente, la posición de buscar en la personalidad jurídica de las sociedades una simple reglamentación técnica o disciplina normativa que sea utilizable por personas naturales para el ejercicio idóneo de la explotación del capital aportado. Asimismo, en Guatemala, como ocurre en otras legislaciones no define la sociedad mercantil, sino que se remite su concepción al Código Civil.

1.3 Perspectivas generales de la sociedad mercantil

Existen diferentes temas que interesan al presente trabajo, sobre todo de los elementos y características que se desprenden de las sociedades comerciales. Por ejemplo, Broseta Pont⁶ señala que de la sociedad comercial como entidad jurídico-privada se desprenden diferentes perspectivas: “Según la primera, es un contrato que relacionado y ligando a varios socios permite agrupar trabajo y capital para realizar una actividad que normalmente escapa a las posibilidades individuales: Según la segunda, permite crear una empresa con las aportaciones de los socios, cuya titularidad corresponde a la persona jurídica que de la sociedad nace y que funcionalmente se destina a la consecución del objeto social. Según la tercera, la sociedad actúan de causa determinante del posterior nacimiento de una persona jurídica (empresario mercantil colectivo) distinta de los socios...”

⁶ Broseta Pont, Manuel, **Op. cit.**, pág. 149.

Esta apreciación es importante en virtud que el nacimiento de este “empresario mercantil colectivo” proviene de una serie de condiciones bien definidas y que al mismo entrañan las características del comerciante social:

- La sociedad comercial surge por la necesidad económica de poner a trabajar en común el capital proveniente de dos o más personas.
- Dicho conglomerado se sujeta convencionalmente a través de un contrato privado, en el que debe regularse en la forma más específicamente posible las relaciones entre los socios y sus relaciones externas.
- El contrato societario no es suficiente por sí mismo, ya que es necesario que dicho conjunto de personas exploten el fin económico común como un comerciante colectivo, de tal manera que la participación de los socios individualmente considerados sea ejercido jurídicamente por una persona (social) independiente de los socios individualmente considerados.

No es producto pues, de la casualidad, el régimen jurídico de las personas jurídicas comerciales, que surgen precisamente de la necesidad (en la gran mayoría de los casos) que limitar la responsabilidad y el riesgo de ejercer comercio de los socios que la integran, y por lo tanto el Derecho “formula” la institución social para formular criterios objetivos de protección. Es en esta forma que los grandes consorcios y sociedades han fundamentado su actuación económica. Traviesas, citado por Gutiérrez Falla⁷ señala las condiciones que debe reunir las personas jurídicas: “a) Aparecer como una entidad independiente de sus elementos componentes, incluso de los individuos humanos que la constituyen, los que con otros elementos integran la entidad, no hombre, sujeto de derecho; b) que esa entidad le sean reconocidos derechos y obligaciones que no sean derechos y obligaciones de los elementos o miembros componentes; c) que el orden jurídico, el derecho objetivo, atribuya a esa entidad las cualidades de persona con la correspondiente capacidad”.

1.4 Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles

⁷ Gutiérrez Falla, Laureano F. **Op. cit.**, pág. 15.

1.4.1 Origen y antecedentes

La concesión de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles entraña la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones y que a través de ésta institución sea utilizada en la explotación del capital común aportado por los socios que lo integra, es decir, que el objeto de dicha concesión es la explotación común del capital presentado por los mismos. De esta aseveración preliminar, podemos asimismo, establecer que las consecuencias de los actos realizados por la entidad comercial irán enfocados en dicha explotación y que el fin perseguido por la misma, es decir el ánimo de lucro, determinará las obligaciones internas y externas sociales, de las cuales se presentará un patrimonio autónomo que será en todo caso el capital de inversión y adicionalmente una garantía económica de los terceros acreedores.

Sin embargo, la consecución de la institución de la personalidad jurídica de las sociedades provino de un proceso paulatino económico-jurídico, partiendo por la regulación de instituciones como la *societas* romana o incluso hasta la comunidad de bienes germana. En la institución romana nunca se otorgó personalidad jurídica en la concepción actual, además de no existir autonomía patrimonial, definiéndose paulatinamente organizaciones humanas como la *universitas* o *corpora*, las cuales otorgaron independencia a sus componentes, pero nunca en sentido autónomo de personalidad.

Posteriormente, en el derecho intermedio se habla de personas *fictas*, en relación con entidades públicas o semipúblicas con el fin que una probable excomuni3n afectara directamente a los ciudadanos de la misma, extendiéndose dicha posibilidad a otras instituciones como asociaciones gremiales, universidades o bien el propio fisco. El concepto jurídico de persona jurídica se ve transformado por el nacimiento de personas morales, como señala De la Cámara⁸: “La filosofía *ius naturalista* es responsable que, desde Grocio, no se habla ya de personas fictas, sino de personas morales. Así se dice que mientras las personas físicas disponen de un cuerpo natural, las personas fictas

⁸ De la Cámara Alvarez, Manuel. Estudios de derecho mercantil. Ed. de Derecho Financiero. Madrid, España. 1977. Parte I, Vol. I. Pág. 169.

cuenta con un cuerpo moral”. Asimismo, De la Cámara⁹ describe la posición germana pre pandectista con la identificación de la personalidad jurídica de los entes sociales con la comunidad de bienes: “Sin duda, la comunidad de tipo germánico permite organizar la sociedad sobre bases más racionales que la comunidad romana. Por ello algunas legislaciones vigentes adoptan ciertas formas sociales una reglamentación en los principios inspiradores de la comunidad en mano común.

Pero la comunidad germánica, según resulta de su perfil histórico, le repugna la libre transmisibilidad de los derechos comuneros... De aquí que no haya sido factible adaptar la institución a ciertas formas sociales, como la sociedad anónima...La tercera fórmula es la persona jurídica. En tanto se trata de otorgar autonomía un patrimonio y de simplificar las relaciones de los socios con terceros, resulta evidente que la personificación de la sociedad constituye la solución más radical y expedita. Eso explica su éxito creciente”. La personalidad jurídica dotada a las sociedades tiene su origen muchas legislaciones en el texto civil. En Guatemala, el artículo 15 del Código Civil establece: “Son personas jurídicas: 1º El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, la Universidad de San Carlos y las demás instituciones de Derecho Público creadas o reconocidas por la ley; 2º Las fundaciones y demás entidades de interés público creadas o reconocidas por la ley; 3º Las asociaciones sin finalidades lucrativas que se proponen para promover, ejercer y proteger sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales o de cualquier otro orden, cuya constitución fuere debidamente aprobada por la autoridad respectiva. Los patronatos y los comités para obras de recreo, utilidad o beneficio social creados o autorizados por la autoridad correspondiente, se consideran también como asociaciones; y, 4º Las sociedades, consorcios y cualesquiera otras con fines lucrativos que permitan las leyes...” Adicionalmente el artículo 16 del mismo cuerpo legal define que “La persona jurídica forma una entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados; pueden ejercitar todos los derechos y contraer obligaciones que sean necesarios para realizar sus fines y será representada por la persona u órgano que designe la ley, las reglas de su institución, sus estatutos o reglamentos, o la escritura social”.

⁹ De la Cámara Alvarez, Manuel. Loc. Cit.

De esta manera, la ley guatemalteca confirma que la concesión de la personalidad jurídica es para la explotación lucrativa del patrimonio de la misma, siendo éste de carácter autónomo. Al respecto cabe indicar que las sociedades mercantiles, como personas jurídicas, están precisamente destinadas a crear un sujeto de derecho, es decir, con la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, de manera que las personas individuales que la integran no son responsables directamente por la actuación social. Esta posibilidad provee la protección jurídica que el desenvolvimiento económico comercial de la persona jurídica implique relaciones autónomas frente a los socios y frente a terceros y por sobretodo tener una limitación de responsabilidad o riesgo de la aportación.

1.4.2 Teoría de la ficción y la tesis ascarelliana sobre el otorgamiento de la persona jurídica

La teoría de la ficción de la personalidad jurídica principalmente sostenida por la doctrina pandectista alemana, por medio de Savigny, citado por Gutiérrez Falla¹⁰ que estableció: “todo hombre y sólo el hombre posee la capacidad de derecho”, y como consecuencia, como aclara el mismo Gutiérrez “... las llamadas personas jurídicas, en consecuencia, sólo creaciones artificiales de la ley, meras ficciones. La capacidad jurídica coincide con el concepto del hombre natural, pero puede ser extendida a sujetos artificiales, creados por simple ficción; éstos son seres ficticios a los cuales se llama personas jurídicas, es decir personas que no existen sino para fines jurídicos, que nos aparecen al lado del individuo como sujeto de las relaciones de derecho”. La institución “persona jurídica” es acuñada principalmente para dotar de un titular a aquellos derechos subjetivos creados por la doctrina alemana, en el sentido que no puede existir derechos sino hay un titular que los ejercite.

¹⁰ Gutiérrez Falla, Laureano. **Op. cit.**, pág. 28.

La doctrina de la persona jurídica cayó en extremos, otorgando dicho atributo de la personalidad a todo aquello a quien pueda atribuírsele una titularidad de derechos (como la herencia yacente), siendo precisamente Savigni quien propugnó por la restricción del término, según señala De la Cámara¹¹: “Otra dirección más importante, con Savigni a la cabeza, limita el alcance de la institución y sólo estima que son personas jurídicas las ciudades o comunidades anteriores al Estado, y en el campo del Derecho privado, las asociaciones y fundaciones. La teoría de la persona jurídica se aplica también a las sociedades, pero se reserva exclusivamente para la sociedad anónima”.

Sin embargo dicha concepción fue atacada en virtud de presentar a la personalidad jurídica como un simple dato normativo visto con cierto rigor dogmático formalista, es decir una creación ideal y abstracta que dista de las situaciones fácticas del desenvolvimiento de los entes sociales, creándose un divorcio entre la persona jurídica objetiva y la realidad de las actuaciones de seres humanos utilizando como medio dicha abstracción, desentendiéndose de la naturaleza egoísta de las personas individuales. Surgen fenómenos radicales como el “hermetismo de la persona jurídica”, en el cual existe una separación tajante entre la sociedad y sus socios. No es de extrañar que a partir de esta concepción se provocaran serios abusos, sobre todo desde el punto de vista de la responsabilidad económica de los socios y el beneficio de presentar un patrimonio autónomo como barrera jurídica que no permitiera penetrar los intereses personales. Incluso puede hablarse actualmente de la teoría del abuso de la personalidad jurídica propuesta por Rolf Serick, señalando Juan Dobson¹² que la misma se presentó cuando “...por intermedio de una persona jurídica se posibilita la burla a una disposición legal, una obligación contractual o se causa perjuicio a terceros, existe abuso de la personalidad jurídica. Inclusive dicha teoría se divide conceptualmente en varias posibilidades: la desestimación o del allanamiento de la personalidad jurídica¹³”.

A partir de las posiciones jurídicas mencionadas, surgen teorías más modernas y moderadas que señalan que la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles

¹¹ De la Cámara Alvarez, Manuel. Op. cit., pág. 170.

¹² Dobson, Juan M. El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado). Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1991. Segunda Edición. Pág. 19.

¹³ Dobson Juan, El abuso de la Personalidad Jurídica, página 11.

obedece más a un recurso técnico que regule las actuaciones egoístas de los socios que a una abstracción formalista. La tesis de Tulio Ascarelli tomó pronto ventaja en la doctrina contemporánea, resaltando Gutiérrez Falla¹⁴ que: “El punto céntrico de la doctrina ascarelliana consiste en la afirmación de que, con las palabras persona jurídica, no se hace más que resumir una serie de normas (disciplina normativa) que regulan los actos de hombres nacidos de vientre de mujer, y que si bien es cierto que la persona jurídica como tal no tiene existencia preformativa, el sustrato socioeconómico que inspira dicha *regula iuris*, consiste, a su vez, en relaciones entre hombres nacidos de vientre de mujer”.

1.4.3 Sistemas utilizados para el otorgamiento de la personalidad jurídica.

Siguiendo a Gutiérrez Falla¹⁵: “Encontramos en la historia legislativa tres sistemas diferentes para el otorgamiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles; ellos son el sistema concesionario, el normativo y el de la realidad. Bajo el primero de los mencionados, el otorgamiento de la personalidad jurídica a una sociedad mercantil es una gracia del poder central, el cual se concede caso por caso... sistema normativo, bajo el cual si bien el reconocimiento de la personalidad jurídica seguía siendo la facultad del Estado, éste, a través de la ley, estableció los requisitos para obtenerla, teniendo derecho a ella toda sociedad que cumpliera con aquéllos... Bajo el sistema de la realidad, el Estado renuncia al derecho de conceder la personalidad jurídica, reservándose, únicamente, el de negarla por causa de índole política”.

De las anteriores definiciones, partimos que su diferenciación radica en la potestad estatal de decretar o no la personalidad jurídica. En el primer caso, la limitación era obvia, el Estado establecía una concesión para el otorgamiento de la personalidad jurídica de manera restrictiva y de acuerdo al caso concreto. Obviamente, las necesidades económicas y asociativas del momento no requerían del cumplimiento de requisitos que

¹⁴ Gutiérrez Falla, Laureano. **Op. cit.**, pág. 31.

¹⁵ Gutiérrez Falla, Laureano. **Op. cit.**, pág. 20.

permitiera dicha autorización en masa, únicamente en casos directos. Gutiérrez Falla señala como ejemplo lo acontecido en Inglaterra: “Una de las aplicaciones más remotas la encontramos en Inglaterra en la época de los Tudor, cuando, con el fortalecimiento del poder en manos de los reyes, se limitó el otorgamiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles a un acto voluntario de la Corona, que ésta no concedía con facilidad”.

Del sistema antes señalado pueden mencionarse varios inconvenientes y riesgos, ya que disposiciones del Estado individuales no eran de acuerdo con las necesidades del tráfico y el aumento de la comercialización de productos y servicios, tomando en cuenta que dicha facultad podría acarrear abusos o manipulaciones. Se citan como ejemplo actuales el caso de la obtención de la personalidad jurídica por parte de las fundaciones o iglesias en Guatemala, sin embargo en realidad no es una concesión unilateral del Estado la misma, ya que de cumplir con los requisitos establecidos no puede negarse su inscripción como tal en el Registro Civil, y de esta forma, tampoco puede en Estado negar el otorgamiento de la misma. De todos modos, en Guatemala existe la posibilidad del otorgamiento de la personalidad jurídica en casos especiales, como el mencionado en el artículo 336 del Código de Comercio, en su último párrafo: “Siempre que se trate de sociedades cuyo objeto requiera concesión o licencia estatal, será indispensable adjuntar el acuerdo gubernativo o la autorización correspondiente y el término de la inscripción principiará a contar a partir de la fecha del acuerdo autorización”.

Ante el crecimiento sistemático de las relaciones comerciales y la necesidad que el fenómeno asociativo concluyera en participación de entes comerciales independientes de sus miembros, se presentó la posibilidad del sistema normativo, con el fin que a través del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, el Estado otorgara la personalidad jurídica. Este sistema confirmó que la facultad de otorgar la capacidad jurídica radica en el Estado, pero al mismo tiempo abrió dicha posibilidad para que con base en la normativa reguladora se otorgase la misma de forma obligatoria, no teniendo el Estado libre arbitrio para su concesión. Por último, el sistema de la realidad el Estado se limita a denegar la concesión de la personalidad jurídica, concediéndose a todo grupo que pueda expresar intereses comunes y por lo tanto, no es una creación de la ley. Dicho sistema

aleja la posibilidad de la facultad estatal de otorgar la misma, dependiendo más de los hechos y la facultad de los integrantes sociales de ejercerla por el simple hecho de tener una expresión colectiva.

Ahora bien, determinando el sistema que rige en Guatemala, siguiendo a Gutiérrez Falla en su opinión sobre la legislación hondureña, hay que mencionar dos fases diferentes:

- El nacimiento de una sociedad mercantil proviene del contrato social, otorgado por los socios con un fin económico lucrativo. El artículo 1728 del Código Civil que establece: “La sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias” y el artículo siguiente señala “La sociedad debe celebrarse por escritura pública e inscribirse en el registro respectivo para poder actuar como persona jurídica”. De los textos anteriores podemos ver el carácter formal de la constitución de la sociedad y su requisito de inscripción en el Registro Mercantil. Por su parte, el artículo 14 del Código de Comercio estipula que: “La sociedad mercantil constituida de acuerdo con las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados”. Es fundamental el carácter contractual de la institución en Guatemala, ya que el punto de partida de las relaciones y obligaciones internas de los socios, así como de las obligaciones sociales con terceros no surge a raíz del otorgamiento de la personalidad jurídica, sino más bien del contrato social que implica derechos y obligaciones para los que participan en él.

- Dentro del procedimiento establecido en Guatemala para la inscripción del contrato social en el Registro Mercantil, tenemos el artículo 334 el cual establece: “Es obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil jurisdiccional: ...2º De todas las sociedades

mercantiles...” También señala en artículo 341 del Código de Comercio que solicitada la inscripción de una sociedad, el registrador con vista del testimonio respectivo, si la escritura “...llena los requisitos legales y no contiene disposiciones contrarias a la ley, hará la inscripción provisional y la pondrá en conocimiento del público por medio de un aviso por cuenta de los detalles de la inscripción interesado publicado en el diario oficial...” De los textos anteriores se desprende como regla general que en Guatemala sigue el sistema normativo del otorgamiento de la personalidad jurídica, aunque como se detallará más adelante, dicha inscripción no implica la nulidad absoluta del contrato social y que pesar de la carencia de inscripción del contrato social surgen diversos efectos, incluso determinados por la ley. Sin embargo, es interesante la conclusión de Gutiérrez Falla¹⁶ de las consecuencias contractuales de la sociedad mercantil porque puede “...concluirse que, una vez celebrado el contrato societario a que se refiere el art. 1782 del C. Civil, el cual, a tenor del art. 1550 del propio ordenamiento legal, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, surge el nuevo ente denominado sociedad, que adquiere personalidad jurídica una vez que se haya inscripto la escritura constitutiva en el registro respectivo o se haya exteriorizado como tal frente a terceros”.

Cabe señalar, entonces, la importancia de dividir dos conceptos diferentes que regularmente se confunden: La existencia negocial de la sociedad mercantil a través de su constitución en escritura pública (siguiendo los artículos 1728, 1729 del Código Civil y el artículo 14 del Código de Comercio) por medio del cual dos o más personas ponen en común bienes y servicios para “ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias”; la inscripción de dicha entidad en el Registro Mercantil para el reconocimiento de la personalidad jurídica a través del cumplimiento de los interesados de los requisitos establecidos en la ley.

Es preciso concluir inicialmente, que los efectos y obligaciones jurídicas del contrato social no están supeditadas al efectivo registro de la sociedad en el Registro Mercantil, que si bien otorga el Estado dicha personalidad jurídica, no determina el nacimiento social que es puramente contractual.

¹⁶ Gutiérrez Falla, Laureano. **Op. cit.**, pág. 23.

1.4.4 Requisitos para el otorgamiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Doctrina y legislación guatemalteca.

La doctrina coincide en que la constitución de sociedades mercantiles debe cumplir con requisitos de forma y publicidad para el otorgamiento de la personalidad jurídica. Al respecto Broseta Pont¹⁷ señala que: "...la sociedad mercantil quedará regularmente constituida cuando se cumpla un requisito de forma (que el contrato de sociedad se otorgue en escritura pública) y otro requisito de publicidad (que la escritura se inscriba en el Registro mercantil). Requisitos que son comunes a todas las sociedades mercantiles cualquiera que se su clase..." De la misma manera, Mascheroni¹⁸ indica que de acuerdo con la legislación argentina "El acto constitutivo, otorgado por escrito, fuere mediante instrumento público o privado... debe ser inscripto en el registro público mercantil de la jurisdicción del domicilio social para su regularización".

Igualmente, nuestra legislación determina el cumplimiento del requisito de forma establecido en la doctrina, ya que el artículo 14 del Código de Comercio establece que: "La sociedad mercantil constituida de acuerdo con las disposiciones de éste código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de los socios individualmente considerados".

Ahora bien, cabe definir que la citada inscripción de la escritura social en el Registro Mercantil es de carácter constitutivo o declarativo. Al respecto, en otras legislaciones se dan ambas posibilidades, ya que Mascheroni¹⁹ señala que: "... la sociedad es un sujeto de derecho desde su constitución, con prescindencia de su inscripción registral. Luego, en nuestro derecho la inscripción registral no es constitutiva, sino regularizante". Por su parte, De la Cámara²⁰, con respecto de la posición mantenida por la legislación española indica que: "La personalidad jurídica de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada viene determinada por su inscripción en el

¹⁷ Broseta Pont, Manuel. Op. Cit., página 148.

¹⁸ Mascheroni, Fernando H. sociedades anónimas. Análisis del régimen legal. Ed. Universidad. Buenos Aires, Argentina. 1999. Cuarta edición. Pág. 40.

¹⁹ Mascheroni, Fernando H. Op. Cit., págs. 40 y 41.

²⁰ De la Cámara Alvarez, Manuel. Op. cit., pág. 177.

Registro Mercantil, lo que a su vez presupone que el acto constitutivo se haya formalizado en escritura pública...Así, pues, la personalidad jurídica de las sociedades anónimas y limitadas depende de su inscripción en el Registro Mercantil. La inscripción tiene, por tanto, desde este punto de vista, carácter constitutivo”.

Siguiendo con la legislación guatemalteca, no cabe duda que el cumplimiento del requisito de publicidad, es decir la inscripción de la escritura social en el Registro Mercantil de acuerdo principalmente con el artículo 341 del Código de Comercio, es de carácter constitutivo, ya que el artículo 14 ya citado señala que deben cumplirse el requisito de forma y publicidad para el otorgamiento de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil. Este criterio se confirma de acuerdo con lo establecido por el artículo 223 del mismo cuerpo legal, referente a las sociedades irregulares: “Las sociedades no inscritas en el Registro Mercantil, aún cuando se haya exteriorizado como tales frente a terceros, no tiene existencia legal y sus socios responderán solidaria e ilimitadamente de las obligaciones sociales”. Este artículo, que será estudiado a profundidad más adelante, confirma que la inscripción registral de la escritura social es requisito sine qua non para el nacimiento de la personal social mercantil.

1.5 La sociedad anónima:

1.5.1 Naturaleza jurídica de la sociedad anónima:

La sociedad anónima de acuerdo a las características de la misma, según varios autores es eminentemente capitalista, en la cual no interesan las condiciones personales de los socios, lo primordial es la participación que cada uno tenga en el capital social, que se integrará exclusivamente por las aportaciones que realicen, lo que le sirve como instrumento de organización corporativa y financiera de la sociedad, por lo que se define

como una asociación de capitales resaltando el elemento económico y dejando por un lado el elemento humano.

Para el Licenciado Laureano F. Gutiérrez Falla²¹, indica que la sociedad anónima es la forma de organización de las grandes empresas de transportes terrestres, marítimos y aéreos, de las grandes obras de canalización, la cual representa una forma de organización estable y permanente, que pone la vida colectiva por encima de las contingencias individuales de los socios

Según el autor Juan M. Dobson²², explica la doctrina de la ficción como tendencia dominante en los Estados Unidos, como resultado del análisis realizado al desarrollo histórico de la sociedad anónima en el derecho norteamericano, señala que en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia son contestes en afirmar que la corporación es un ente al que el Estado no sólo ha prestado su consentimiento sino que de hecho la ha creado, expresando que una corporación es un ente artificial, invisible, intangible y existente sólo a la vista de la ley, siendo la mera criatura de la ley posee sólo aquellas propiedades que la carta de su creación le confiere, ya sea en forma expresa o en forma incidental a su propia existencia.

La función económica, concepto y constitución de la sociedad anónima, lo desarrolla el autor Broseta Pont, Manuel²³, expresando como antecedente del origen de la sociedad anónima en España las Compañías de las Indias fundadas en 1600, siglo de la primera explosión capitalista y del expansionismo ligado a la actividad colonial, compañía privilegiada que se constituyen excepcionalmente y se crean mediante la concesión por parte del Poder público de una carta que regula su funcionamiento, en virtud de la cual se concede o reconoce a las distintas Compañías el monopolio de explotación de los nuevos territorios descubiertos. Asimismo comparte la concepción capitalista de la sociedad anónima la cual alcanza su máximo apogeo hasta la primera década del siglo XX, en este período el capital lo es todo, hasta el punto de haberse podido afirmar que la sociedad anónima es simplemente un capital dotado de personalidad jurídica, respecto que al

²¹ Laureano F. Gutierrez Falla, contrato societario y derechos individuales de los accionistas, Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma S.R.L., 1988, p. 1.

²² Dobson, Juan M. El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado), De Palma, Buenos Aires Argentina, 2ª. Ed. 1991.

²³ Broseta Pont, Manuel, Manual de derecho mercantil, Tecnos Madrid España, 1974.

pensar que el capital es representado por los accionistas dirige y estructura la vida de la sociedad; decidiendo su creación, su transformación o su extinción; y que además el capital se reparte los beneficios obtenidos por la explotación de la empresa, consagrando por todo ello en España una concepción radical capitalista de la sociedad anónima, el autor en mención define la sociedad anónima diciendo: “sociedad de naturaleza mercantil, cualquiera que sea su objeto, cuyo capital (integrado por las aportaciones de los socios) está dividido en acciones transmisibles que atribuyen a su titular la condición de socio, el cual disfruta del beneficio de la responsabilidad limitada frente a las sociedad y no responde personalmente de las deudas sociales”.

El Manuel de la Cámara²⁴, expresa que la sociedad anónima es la reina de las sociedades, no solo por el papel preponderante que ha desempeñado en el espectacular crecimiento económico que los países del mundo occidental han venido experimentando a partir de la segunda mitad del siglo XX, indica que el contrato de sociedad cualquiera que sea la forma social que se adopte, tiene una doble vertiente; por una parte se dirige a la creación de un patrimonio o fondo común que deberá servir de base para que la sociedad comience a realizar sus fines y que, en mayor o menor medida, está destinada a la garantía de sus futuros acreedores; y por la otra, el contrato debe establecer las normas que regirán el funcionamiento corporativo de la sociedad que se crea. Así también por su extraordinaria difusión, explica los dos procedimientos que contempla el Derecho positivo Español que dan lugar a la fundación simultánea y sucesiva de la sociedad anónima.

Para explicar la naturaleza jurídica de la sociedad anónima, se han dado dos teorías: la teoría contractual y la teoría institucional. Para la primera así como el concepto general de sociedad mercantil gira en torno a la idea del contrato, también la sociedad anónima se puede decir que es un contrato. La teoría institucional, prescinde del acto contractual, que solo sirve según esta teoría de punto de partida, y afirma que la sociedad anónima es una institución que se desenvuelve en un medio comercial determinado. Esta teoría, tomada del Derecho Público, es la que mejor explica todas las relaciones jurídicas que se originan ante la existencia de una sociedad, la que si bien surge de un contrato, tiene la

²⁴ Manuel de Cámara, estudios de derecho mercantil primera Parte I, derecho financiero 2ª. Ed. 1977.

cualidad de ser una persona jurídica que es sujeto de imputación dentro del sistema jurídico.

1.5.2 Características de la sociedad anónima:

En cuanto a las características propias de la sociedad anónima la doctrina le asigna las siguientes:

- es una sociedad capitalista;
- el capital se divide y representa por títulos valores llamados acciones;
- la responsabilidad del socio es limitada;
- hay libertad para transmitir la calidad de socio mediante la transferencia de las acciones; pero esa libertad se puede limitar contractualmente cuando se trata de títulos nominativos;
- los órganos de la sociedad funcionan independientemente y cada uno tiene delimitadas sus funciones; y,
- se gobierna democráticamente, porque la voluntad de la mayoría es la que da fundamento a los acuerdos sociales, sin perjuicio de los derechos de las minorías. Pero en este aspecto la doctrina peca de ingenua. Nosotros afirmamos que la sociedad anónima se gobierna plutocráticamente, porque en las asambleas de socios predomina y determina las resoluciones del que socio que es dueño de la mayoría del capital.

1.5.3 Constitución de una sociedad anónima:

Se habla de constitución de la sociedad para referirse al conjunto de formalidades y requisitos que según nuestro ordenamiento positivo son indispensables para que la sociedad anónima posea existencia legal. Entre los requisitos que se deben cumplir para constituir toda sociedad anónima tenemos el de la obligatoriedad de otorgar en escritura pública el consentimiento de todos aquellos sujetos que deseen crear la sociedad, y la indispensable inscripción en el registro mercantil del testimonio de esta

escritura de constitución, de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Código de Comercio.

En la practica de una manera resumida se deben seguir con los siguientes pasos, llenar un formulario de inscripción que vende el registro mercantil para el efecto, presentar el original y fotocopia simple del testimonio de la escritura de constitución de la sociedad, solicitar una orden de pago y cancelar en el banco; a) el monto que determina el registro mercantil por inscripción de sociedad mercantil, b) el valor determinado por cada millar del capital autorizado, c) el valor del edicto. Presentada toda la documentación el registro mercantil forma el expediente respectivo el cual es calificado por el departamento de asesoría jurídica, si cumple con los requisitos, se ordena la inscripción provisional y la emisión del edicto para su publicación, el cual debe ser publicado una vez en el diario oficial, ocho días hábiles después de la publicación del edicto, se debe presentar en el registro mercantil para su inscripción definitiva y emisión de la patente; i) un memorial solicitando la inscripción definitiva de la sociedad, ii) la página completa donde aparece la publicación de la inscripción provisional, iii) el testimonio original de la escritura publica, iv) fotocopia de nombramiento del representante legal previamente inscrito en el registro mercantil. Luego de realizados todos los trámites, y entregada la patente de comercio se adhiere los timbres fiscales correspondientes, cuando la sociedad anónima está inscrita definitivamente, debe hacerse el trámite para inscribir la empresa, propiedad de la sociedad, posteriormente dentro de un plazo de un año, después de inscrita definitivamente la sociedad, debe hacerse el trámite para inscribir el aviso de emisión de acciones, según el trámite establecido por el registro mercantil.

1.5.4 Administración de la sociedad anónima:

En relación a la administración de la sociedad anónima, esta confiada a una o varias personas, en el primero de los casos estamos ante una administración unipersonal; y en el segundo, ante una administración colegiada, que se llama en la práctica “consejo de administración o junta directiva”, respecto a estas formas las cuales están reguladas en nuestro Derecho positivo, la administración unipersonal no presenta mayores dificultades en su actuar; en cambio, la colegiada tiene alguna características. Por ejemplo: tiene un

presidente cuya forma de designación debe estar prevista en la escritura; a cambio de un pacto expreso, el primero de los administradores designados desempeñará tal función. El presidente es el medio de comunicación del órgano colegiado y permite que éste se exteriorice, ya que, si es una junta directiva numerosa, su comparecencia a diversos actos de gestión resultaría poco práctica, así también para que se reúna el consejo es necesario que estén presentes o representados la mayoría de sus miembros o sea la mayoría simple, a menos que el contrato prescriba una mayoría especial. Cada administrador tiene derecho a un voto y el presidente tiene voto decisorio en caso de empate.

Los administradores pueden ser o no socios, de lo que se aprovechan algunas personas para cometer los ilícitos, nombrando personas que en algunos de los casos son trabajadores de los verdaderos dueños que tienen el control de la sociedad, son electos generalmente, en asamblea ordinaria, por un período de tres años, aunque pueden ser reelectos, si cumplido en periodo no se nombra al sustituto, o si nombrado no toma posesión, se prorroga el período por el tiempo necesario en que se haga efectiva la sustitución con el objeto de que la sociedad no quede acéfala. El hecho de que un administrador sea nombrado para un período específico, no significa que sea inamovible, ya que la asamblea puede sustituirlo si lo considera oportuno. Pueden también los socios nombrar administradores suplentes, si está previsto en la escritura.

Las facultades que los administradores tienen por el hecho de su nombramiento, están reguladas por nuestro ordenamiento jurídico en el Código de Comercio; pero la escritura de constitución debe especificar las facultades que los socios otorguen con especialidad. Una función importante es la de representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad y el uso de la razón social. En los casos de administración colegiada, el ejercicio de la representación puede ser delegada mediante la figura contractual del mandato; pero si se trata de administración unipersonal, la delegación sólo puede hacerse si esta facultado en la escritura constitutiva o si precede autorización de la asamblea general. Los administradores tienen responsabilidad ante los socios y los acreedores sociales; por lo

tanto su ejercicio provoca la automática remoción del cargo, quien solo puede ser reinstalado si los tribunales lo absuelven de los cargos que se le atribuyen.

1.5.5 Elementos que conforman la Sociedad anónima

Esta parte de la investigación se refiere a todos los elementos que conforman la esencia de una Sociedad anónima, para que esta funcione como un ente administrativo, entre estos elementos tenemos los siguientes:

1.5.5.1 Elementos Personales

1.5.5.2 Elementos Reales

1.5.5.3 Elementos Formales

1.5.5.1 Elementos Personales

Como de todos es sabido, en casi la mayoría de los contratos existen elementos tres elementos que nos sirven para diferenciar las funciones que cumplen los mismos en un área determinada del derecho, y de alguna manera, facilitan su estudio, puesto que si descomponemos factorialmente los contratos, la aprehensión que tendremos de los mismos, será mas apegada a la realidad que se pretende estudiar. En este orden de ideas, el contrato de sociedad anónima, posee elementos comunes a los demás contratos que conforman el derecho privado, pero con características especiales, las cuales estudiaremos a continuación:

Los socios

El elemento personal por la excelencia de la sociedad los constituye la persona individual. En casi la totalidad de sistemas jurídicos, se exige que para constitución de una sociedad haya pluralidad de personas, puesto que de lo contrario dejaría de ser una sociedad anónima. El doctor Villegas Lara nos dice al respecto: "... Este fenómeno no

podría darse conforme al Derecho guatemalteco, ya que no lo permite el concepto legal de sociedad, el que exige la pluralidad de socios; y, además, porque la concentración del capital social en un socio es causa de disolución de la sociedad...”²⁵. En la práctica, la realidad es otra, puesto que lo que normalmente se da, es la concentración de la mayoría de las acciones en una sola persona, lo que permite que esta pueda actuar sin consultar a los demás socios de la sociedad.

Cuando una sociedad anónima se constituye, lo normal es la emisión de acciones al portador, en este caso si es posible una concentración de poder de decisión y de capital en una sola persona. Quizás uno de los pocos momentos donde realmente se da una verdadera pluralidad de socios es, al momento de una asamblea, en donde la persona que posee la mayoría de las acciones, tiene que distribuir las mismas en otras personas para no denotar la concentración de estas en una sola persona. “En otros sistemas jurídicos y en los últimos planteamientos de la doctrina, de acuerdo con el principio de conservación de la empresa, si se permite que durante cierto tiempo la sociedad siga funcionando con un solo socio, cuando el capital se concentra en sujeto individual, sin perjuicio de volver a crear la pluralidad”²⁶

Obligaciones de los accionistas de la sociedad anónima

Aporte de industria

La aportación industrial consiste en trabajo, este de ser realizado la mayoría de las veces por el socio que no aporta capital, aunque muchas veces se da la pluralidad de aportaciones. Dada su naturaleza, este tipo de aporte no se valorable en dinero, tampoco constituye parte del capital social, puesto que esta compuesto por el trabajo del socio. Esto podría dar lugar a confusión, en relación a otro tipo de aportes, que si son estimables en dinero; por ejemplo cuando un socio realiza una aportación de un plano, un diseño o cualquier bien susceptible de ser estimado en dinero, en este caso se estaría dando una aportación de capital, puesto que estos bienes se mueven en la esfera del la

²⁵ Villegas Lara. Rene Arturo. Derecho Mercantil Guatemalteco. Pagina 50.

²⁶ *Ibíd.* Pág. 51

Propiedad intelectual. En este orden de ideas se infiere que la obligación del socio industrial es hacer algo en relación a su obligación contraída al momento de constituirse la sociedad.

En relación a la aportación de trabajo, este no puede ser desempeñado en otra sociedad de naturaleza análoga, puesto que es incompatible y estaría en el plano de la competencia desleal. En relación a este tipo de prohibiciones el artículo treinta y nueve del código de Comercio establece : “ ...; 2º. Si tuvieren la calidad de industriales, ejercer la industria que aportan a la sociedad, salvo en beneficio de ésta, o dedicarse a negociaciones que los distraigan de sus obligaciones para con la sociedad, a menos que obtengan el consentimiento de los demás socios o que haya pacto expreso en contrario”²⁷.

Aporte de capital

En cuanto al aporte de capital, este puede ser dinerario o no dinerario, en este ultimo caso de ser apreciable en dinero. Nuestra legislación es mas compleja cuando regula este tipo de aportes.

- Aportaciones dinerarias

Normalmente las aportaciones que hacen los socios son dinero, el cual es efectivo, en la cantidad, forma y plazo pactado por los socios. Nuestra ley en este caso establece la posibilidad que las aportaciones no se hagan de inmediato, sino de conformidad con plazos pactados por los socio, dado que es un contrato, es factible la condición del plazo. “Los socios deben efectuar sus aportaciones en la época y forma estipuladas en la escritura constitutiva. El retardo o la negativa en la entrega, sea cual fuere la causa, autoriza a los socios para excluir de la sociedad al socio moroso o para proceder ejecutivamente contra él. El socio, incluso el industrial, responde personalmente de los daños y perjuicios que ocasione a la sociedad por incumplimiento o mora”²⁸.

²⁷ Ver Artículo 39. código de comercio.

²⁸ Artículo 29 . Decreto 2-70.

- aporte no dinerario

Nuestro código de comercio establece que los aportes no dinerarios pueden ser de diversa naturaleza, estos, si bien no constituyen dinero, pueden y deben ser valorados, puesto que se encuentran en la esfera de los aportes de capital. Estas aportaciones algunas veces son de dominio de la propiedad intelectual. La cual a su vez esta compuesta por la propiedad industrial y los derechos de autor y derechos conexos. En muchas ocasiones los socios al momento de constituir la sociedad, aportan bienes muebles, como un automóvil, una motocicleta, un camión; o bien un bien inmueble como una casa, en estos caso esta sujetos a un registro de propiedad, por lo tanto deberán inscribirse a nombre de la sociedad, bien sea esta transmisión de pleno dominio o simplemente su aprovechamiento (usufructo).

En relación a este tipo de aportaciones se refiere el artículo veintisiete del código de comercio, el que literalmente dice: “Los bienes que no consistan en dinero, aportados por los socios, pasan al dominio de la sociedad, sin necesidad de tradición y se detallarán y justipreciarán en escritura constitutiva o en el inventario previamente aceptado por los socios, el que deberá protocolizarse. Si por culpa o dolo se fijare un avalúo mayor del verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros y de la sociedad, por el exceso del valor que se hubiere asignado y por los daños y perjuicios que resulten, quedando así mismo obligados a reponer el faltante.

Son admisibles como aportaciones los bienes muebles o inmuebles, las patentes de invención, los estudios de prefactibilidad y factibilidad, los costos de preparación para la creación de empresa, así como la estimación de la promoción de la misma, siempre que fueren expresamente aceptados en su justipreciación, conforme lo establece el primer párrafo. No es válida como aportación la simple responsabilidad por un socio. Los socios quedan obligados al saneamiento de lo que aporten a la sociedad.

1.5.5.2 Elementos patrimoniales

La sociedad constituye una persona distinta de los miembros que la componen y como toda persona necesita tener patrimonio propio, es que es producto de las aportaciones de los socios capitalistas, este fondo se le conoce con el nombre de capital social es, según Luís Muñoz, “La suma del valor de las aportaciones o del valor nominal de las acciones en que esta dividido”. Los conceptos de capital social y el de patrimonio social suelen confundirse, por la aproximación de sus elementos, pero son dos cosas totalmente distintas.

Por un lado el patrimonio social esta constituido por todos los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad y se modifica constantemente según el éxito o el fracaso de la gestión económica desarrollada. La diferencia en el capital social consiste en que, este es una cantidad de dinero fija, la cual es una garantía para las personas que contratan con la sociedad y para el accionista de la misma. Podríamos escribir libros completos en relación a los elementos patrimoniales de la sociedad Anónima, pero nuestra intención es solo delimitarlos, puesto son parte del tema central de la presente investigación.

1.5.5.3 Elementos formales

Si bien es cierto el derecho mercantil lo componen ciertos principios que son necesarios para que se de el tráfico mercantil, como lo son: la buena fe, la verdad sabida, y la palabra dada, esto no implica que la sociedad Anónima no deba de llenar ciertos formalismos que son indispensables para su funcionamiento. Como elemento formal por excelencia de la sociedad esta el otorgamiento de la constitución en escritura de conformidad con el artículo mil setecientos treinta del Código Civil y el artículo cuarenta y seis del código de notariado.

“La escritura de sociedad deberá expresar lo siguiente²⁹:

- Objeto de la sociedad;

²⁹ Artículo 1730. código civil.

- Razón social;
- Domicilio de la sociedad;
- Duración de la sociedad;
- Capital y la parte que aporta cada socio;
- Parte de utilidades o pérdidas que se asigne a cada socio, fecha y forma de su distribución;
- Casos en que procederá la disolución de la sociedad antes de su vencimiento; y las bases que en todo caso de disolución deberán observarse para la liquidación y división del haber social;
- Cantidad que puede tomar periódicamente cada socio para sus gastos personales;
- Modo de resolver las diferencias que surjan entre los socios; y
- La forma de administración de la sociedad, y los demás pactos que acuerden los socios”.

“La escritura pública de constitución de sociedad anónima, además de los requisitos determinados en el artículo anterior, deberá contener los siguientes”³⁰:

- Los nombres, generales y domicilios de los socios fundadores;
- La enunciación clara y completa del objeto de la empresa o negocio de que toma su denominación;
- El capital de la compañía, el número, valores y clases de las acciones en que se divide, las preferencias en el pago de dividendos y amortizaciones de las distintas series de acciones, si las hubiere; las primas que se estipularen en caso de redención y la forma y plazo en que los socios deben consignar su importe en la caja social;
- El monto del capital suscrito en el momento de la organización de la

³⁰ Artículo 47. código de notariado.

- sociedad y la parte que esté efectivamente pagada;
- La forma de la administración, las facultades de los administradores; la manera de nombrarlos y las atribuciones que correspondan a la Junta General de Accionistas;
 - Las fechas en que deben celebrarse las sesiones ordinarias de la junta general de accionistas;
 - La época fija en que debe formarse el inventario, el balance de inventario o cuadro del estado financiero y acordarse los dividendos;
 - La parte de las utilidades que se destinan para formar el fondo de reserva; y
 - El tanto por ciento de pérdida del capital social que debe causar la disolución de la sociedad antes del vencimiento de su plazo.

CAPÍTULO II

2 La simulación

2.1 Definiciones de simulación:

Respecto a la simulación la doctrina, de manera uniforme reconoce que existen tres elementos indispensables para la existencia de simulación como son: a) Disconformidad intencional entre la voluntad real y la voluntad declarada; b) Existencia de acuerdo entre las partes; y c) Finalidad de engañar a terceros, doctrina que sostiene Juan Carlos Garibotto³¹. Distintos autores son en líneas generales coincidentes partiendo de la noción que brinda Acuña Anzorena al indicar que “hay simulación toda vez que exista una disconformidad intencional entre la voluntad y su declaración, acordada entre partes con el fin de engañar a terceros”³². De manera mas escueta Borda enseña que “acto simulado es aquel que tiene una apariencia distinta de la realidad”. Aráuz Castex desarrolla esta concepción diciendo que: “se llama simulación a la realización de un acto jurídicos que las partes han querido solamente como apariencia de otro acto u omisión, que también han querido como realidad aparente.

El autor Ferrara³³ define la simulación como “La declaración de un contenido de voluntad no real, emitida concientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado acabo.

Para De Castro³⁴ señala que la simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea éste contrario a la existencia misma (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa).

³¹ Juan Carlos Garibotto, Teoría general del acto jurídico, Desalma Buenos Aires, 1991.

³² A. Acuña Anzorena, La simulación de los actos jurídicos. librería y casa Ed. de Jesús Menéndez, BS. As., 1936, P. 14

³³ Ferrara, F., “la simulación de los negocios Jurídicos”, traducción de Atard y A. de la Puente, Madrid, 1961, pag. 56.

³⁴ De Castro, Negocio jurídico, Madrid, 1997 página 334

En Guatemala sostiene el autor Vladimir Osman Aguilar Guerra³⁵, que el término “simulación” proviene de la voz latina “*simulare*”, que significa fingir o hacer aparecer lo que no es cierto, concibe dos ideas diferentes con un tronco común: el engaño, que puede consistir en una mera ficción con la que se pretende burlar a los terceros haciéndoles creer en la existencia de algo que no tiene entidad, o bien en un disfraz que oculta la realidad mostrando cosa diferente de la que es.

Nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo un mil doscientos ochenta y cuatro del Código Civil regula que la simulación tiene lugar, 1º. Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza. 2º. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas; y 3º. Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas, en la presente investigación la simulación en cuanto a la sociedad anónima se encuadra en el numeral 3º del Artículo anterior, en virtud que se constituye una sociedad anónima y se transmite el patrimonio de una persona a la misma, con el fin de mantener desconocidas a los verdaderos interesados.

2.2 Clasificaciones de la simulación:

La simulación se clasifica según su naturaleza en absoluta y relativa, la primera nuestro código civil en su Artículo 1285 establece que es absoluta cuando la declaración de voluntad nada tiene de real (Ej. constituir una sociedad anónima para cierta actividad, la cual nunca va a realizar), la simulación relativa la misma norma citada indica que es relativa cuando a un negocio jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

³⁵ Vladimir Osman Aguilar Guerra, El negocio jurídico, Serviprensa S.A., 3ª. Ed. 2003.

2.3 Naturaleza de la simulación:

El autor Juan Carlos Garribotto citado explica la naturaleza del acto simulado, en cuanto que en verdad se trata de determinar cuál es el grado de la ineficacia que la simulación provoca en el acto jurídico por ella afectado, cuestión que desde la antigüedad divide la doctrina en dos grandes corrientes cuya vigencia aún perdura como lo es la Tesis de la Inexistencia y la Tesis de la Invalidez, respecto a la naturaleza del acto simulado lo que en verdad se trata es de determinar cuál es el grado de la ineficacia que la simulación provoca en el acto jurídico por ella afectado.

2.3.1 Tesis de la inexistencia:

En cuanto a la tesis de la inexistencia, el acto simulado es un acto inexistente opinión que se funda en los siguientes argumentos: 1) Que el acto simulado carece de elementos esenciales, sea que se considere que la simulación obsta a la voluntad de las partes que se refuta meramente ficticia, sea que se extienda, que excluya la causa final, porque las partes no se proponen conferirse los derechos y las obligaciones que resultan ostensiblemente del negocio, no produciéndose, por tanto modificación de la situación jurídica existente al tiempo de la celebración. 2) Que la invalidez supone la existencia de un acto jurídico con un vicio que pueda restarle eficacia por afectar alguno de sus elementos, mientras que el acto simulado tiene una falla que alcanza al negocio íntegro, en cuanto este, en su plenitud no es sincero, como consecuencia en materia de simulación no opera la invalidez sino una declaración de inexistencia, que tiende a hacer constar que el acto simulado es efectivamente tal, o sea, que es pura apariencia, que no existe y que carece de toda virtualidad.

2.3.2 Tesis de la invalidez:

Esta tendencia doctrinal, sostiene la posición de que el acto es un acto inválido, apoyándose en las siguientes razones:

- En algunos códigos civiles de algunos países como en el argentino, se refiere al acto simulado como nulo o anulable, bien que con algunas diferencias terminológicas, de

manera que aprehende a la simulación como una causa de invalidez del negocio jurídico.

- Que existe un acto jurídico, al cual alguien, una de las partes o ambas, pretenden asignar sus efectos propios y privarlo de ellos o, si se prefiere, declarar que no los tiene, es la consecuencia propia de la invalidez.

Considero que debemos adherirnos a la tesis de la invalidez por los siguientes motivos: a) por ser ella la que se adecua a nuestro ordenamiento jurídico. b) por cuanto explica de modo coherente y satisfactorio la adquisición de derechos por terceros subadquirentes de buena fe y por título oneroso según el Artículo. 1289 del Código Civil, derechos que derivan del acto simulado y que no se generan ministerio legis, sino que reconocen en aquel su antecedente.

2.4 Acción de simulación:

La acción de simulación es la pretensión judicial tendiente a obtener que el órgano jurisdiccional declare simulado y por tanto carente de efectos al acto aparente. Clasifica la acción de simulación en simulación lícita y simulación ilícita. En cuanto a la simulación lícita, la acción de una de las partes del acto contra la otra siempre es admisible, por ejemplo cuando una persona en razón de ausentarse por un tiempo prolongado de su domicilio y a fin de eliminar cualquier eventual traba a la administración de sus bienes aparentar enajenarlos a otra persona y al retornar y reclamar la restitución de estos, se haya con que el adquirente ficticio se rehúsa a devolverlos tiene a su disposición acción contra este último.

La simulación ilícita, sobre la simulación de un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicial a un tercero no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación.

En cuanto a la acción ejercida por terceros es un instrumento que la ley confiere en defensa de la intangibilidad del patrimonio de su deudor, que opera como garantía de sus

créditos, en efecto cuando el deudor otorga un acto jurídico viciado por simulación, disminuyendo su activo por medio de una enajenación aparente o aumentando su pasivo mediante la creación de deudas ficticias, causa perjuicio a sus acreedores y nace para estos la acción tendiente a que se establezca la real situación patrimonial del deudor.

CAPÍTULO III

3. Legislación nacional y extranjera respecto a la sociedad anónima, delitos que pueden cometer por medio de la simulación.

3.1 Estafas y otras defraudaciones concepto y elementos

3.1.1 La Acción Típica

La estafa es una defraudación por fraude, que no ataca simplemente a la tenencia de las cosas, sino a la competitividad del patrimonio; después de un hurto, el patrimonio puede verse disminuido y aun puede haberse aumentado; después de la estafa no ocurre tal cosa, siempre se vea disminuido. Y esa disminución se produce por el error de una persona que dispone del bien detrayéndolo del patrimonio afectado, acción que realiza, por lo tanto, desconociendo su significado perjudicial para dicho patrimonio. La secuencia causal en la estafa –como en toda defraudación por fraude- es la siguiente: el agente despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio.

3.1.2 Especies básicas de defraudación: estafa y abuso de confianza:

La defraudación comprende una serie de delitos; pero a gran mayoría de ellos quedan comprendidos dentro de 2 especies básicas de defraudación: la estafa y el abuso de confianza. La diferencia entre ambos reside en el momento en que el sujeto obra dolosamente: en la estafa, el dolo es anterior a la obtención de la cosa; en el abuso de confianza, por el contrario, el dolo es posterior.

En la estafa, la víctima entrega la cosa a raíz del fraude anterior (ardid o engaño) empleado por el estafador. La voluntad de la víctima está viciada desde el comienzo por la actividad fraudulenta del actor. En el abuso de confianza, la voluntad de la víctima no

esta viciada y la entrega de la cosa es válida y lícita; pero luego de la entrega, el delincuente abusa de la confianza de la víctima. Como se ve, en este caso la actividad fraudulenta es posterior a la entrega.

En síntesis: el dolo, la actividad fraudulenta, en la estafa, es anterior, en tanto que en el abuso de confianza, es posterior.

Defraudar es causar un perjuicio patrimonial mediante fraude. En la estafa, este perjuicio consiste en lograr que la víctima haga una disposición patrimonial, a raíz de que el actor la ha hecho caer en error mediante ardid o engaño. Conforme a esto, se puede dar el siguiente concepto de la estafa: "disposición patrimonial perjudicial, producida por error, el cual ha sido logrado mediante ardid o engaño del sujeto activo, tendiente a obtener un beneficio indebido".¹

De este concepto surge que los elementos de la estafa son:

- El perjuicio patrimonial;
- El ardid o engaño;
- El error;
- Elemento subjetivo.

3.1.3 El perjuicio patrimonial:

El perjuicio para la víctima es un elemento fundamental de la estafa, porque ella es un delito contra la propiedad. Si no existe perjuicio, no existe estafa. El perjuicio debe ser de naturaleza patrimonial, y además, debe existir realmente, es decir, debe ser efectivo, no siendo suficiente el daño potencial. Perjuicio patrimonial, significa que el daño debe tener un valor o significado económico; puede consistir en cualquier acto que afecte el patrimonio o el derecho a propiedad de la víctima. Un ejemplo, puede consistir en que la víctima entregue sumas de dinero, cosas muebles o inmuebles, en que preste trabajos

o servicios remunerados, en que renuncie a derechos personales o reales, en que asuma obligaciones, etc. Como se ve, el concepto de propiedad es tomado en sentido amplio, tal como es entendido en Derecho Penal. Para que exista estafa, no es necesario que el autor o un tercero se beneficie con el perjuicio sufrido por la víctima. Nuestra doctrina y jurisprudencia exigen que el autor de la estafa actúe con el propósito de obtener "un beneficio indebido", pero no es necesario que ese beneficio se produzca realmente. Es suficiente con que el autor obre con ese fin.

3.1.4 El ardid y el engaño:

El ardid y el engaño son el punto central de la estafa. Ambos medios son equiparados por la ley pues ambos pueden inducir a error a la víctima; pero conceptualmente son distintos.

Ardid: es todo artificio o medio empleado mañosamente para el logro de algún intento. O sea: es el empleo de tretas, astucias o artimañas para simular un hecho falso o disimular uno verdadero.

Engaño: es la falta de verdad en lo que se dice, se piensa o se hace creer. O sea: es dar a una mentira la apariencia de verdad, acompañándola de actos exteriores que llevan a error.

La idoneidad del ardid o engaño:

El ardid o engaño deben ser idoneos para aprovechar el error de la víctima. El problema reside en determinar cual es el criterio a seguir para saber cuando el ardid o engaño son idóneos. Al respecto, se deben distinguir 2 criterios:

- Subjetivo: Para determinar la idoneidad del ardid es necesario tener en cuenta a la víctima (su discernimiento, su nivel intelectual, su actividad, etc.). Si conforme a las condiciones de la víctima, el ardid o engaño empleados no eran suficientes para engañarla, el medio no será idóneo y por lo tanto no habrá estafa.

- Objetivo: Este criterio sostiene que el ardid o engaño es idóneo cuando ha logrado éxito en el caso concreto es decir, cuando ha servido para engañar a la víctima. Este es el criterio seguido por nuestros tribunales; así la Cámara de Casación en lo Penal ha sostenido en varios casos "que la eficacia del medio empleado para la estafa, lo determina, precisamente, el éxito de la maquinación". La idoneidad del ardid o engaño presenta especial importancia en los casos de tentativa.

3.1.5 La simple mentira:

Nuestra doctrina y jurisprudencia sostienen que "la simple mentira no constituye ardid o engaño; y por tanto no basta para configurar estafa. La simple mentira solo podrá configurar estafa si va acompañada de hechos exteriores del estafador tendientes a corroborar su palabras, o si el actor esta jurídicamente obligado a decir la verdad. Esto no significa exigir la "mise en scene" sostenida por la doctrina francesa y por ferrara.

La doctrina francesa, como requisito de la estafa exige la "mise en scene" (puesta en escena; que el estafador prepare el terreno para la estafa), lo cual significa que el estafador acompañe sus palabras con un aparatoso o gran despliegue de actos tendientes a engañar a la víctima. La mayoría de las legislaciones dejan de lado este requisito. La legislación y la doctrina argentina no exigen la "mise en scene"; sin embargo se exige cierta entidad objetiva en el ardid o engaño, es decir, algunos actos externos que demuestren que existe relación causal entre el ardid o engaño y el error de la víctima. Por esta razón, se sostiene que la "simple mentira" no basta para configurar estafa, sino que se requieren además algunos hechos exteriores.

3.1.6 El silencio:

El problema consiste en determinar si el silencio o reticencia del actor bastan para configurar la estafa. Nuestra doctrina se inclina por sostener que el silencio no es apto para configurar la estafa, salvo que el actor tenga el deber jurídico de hablar. Al respecto expresa NUÑEZ: "solo si el silencio, que ha causado el error, implica a violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla, puede imputarse a titulo de engaño

defraudatorio". En este caso de silencio engañoso habría comisión de una estafa por omisión. Fontan Balestra dice: "cuando la ley quiere dar carácter de ardid al silencio, lo dice expresamente, crea el riesgo de transformar en delictuosa la mera falta de lealtad en las convenciones civiles".

3.1.7 El error:

Sin error no existe estafa. El ardid o engaño debe provocar el error de la víctima (error: es el falso conocimiento; a víctima cree saber, pero sabe equivocadamente). Así como los medios fraudulentos deben provocar el error, este a su vez, debe provocar en la víctima la determinación de entregar la cosa al estafador. Nótese, que en la estafa la voluntad de la víctima esta viciada, desde el comienzo, por el error provocado mediante la actividad fraudulenta. Si el delincuente se aprovecha del error ya existente en la mente de la víctima, no basta para configurar la estafa. Con claridad expresa LEVENE (h): "Si el engaño ya esta en la mente del defraudado, con anterioridad al hecho que se imputa al procesado, y este no lo saca de su error, no hay delito. La mayoría, si no a totalidad de los autores, sostiene este principio". En estos casos, en que el actor se aprovecha del error ya existente, podría configurarse el delito del art. 175 inc. 2 sancionado con multa, pero es necesario que se reúnan todos los requisitos de esta figura.

3.1.8 Elemento subjetivo:

La estafa es un delito doloso y exige, en todos los casos, que el autor haya realizado la actividad fraudulenta con el fin de engañar, es decir, con el propósito de producir error en la víctima. No se puede hablar de ardid ni de estafa, cuando el propio autor del hecho es el primer engañado, es decir, cuando el a su vez actúa engañado por las circunstancias. Ejemplos: sea porque cree que lo que dice a la víctima es real; porque cree que el negocio propuesto es posible; porque esta convencido que solo hay que afrontar un riesgo que se podrá superar fácilmente, etc. También es necesario que el autor obre con el fin de obtener un beneficio indebido. No es necesario que este fin se

logre realmente, es suficiente con que haya actuado con ese fin. Nuestra legislación no pide expresamente este requisito, pero el surge implícito de la idea de defraudar que implica que el ardid este vinculado al logro de ese beneficio indebido.

3.1.9 Consumación y tentativa:

La estafa es un delito instantáneo, pues se consuma en el momento en que el sujeto pasivo realiza la disposición patrimonial. Es admisible la tentativa y ella comienza con el despliegue de medios engañosos; dura mientras persista esta actividad. Es posible también, la tentativa de delito imposible cuando el medio empleado (ardid o engaño) no es idóneo o no existe la posibilidad de que la víctima sufra perjuicio patrimonial o realice la disposición patrimonial.

3.2 Estafa mediante informaciones contables

Los cambios en los delitos económicos y societarios incluidos en la reforma del Código Penal que prepara el Gobierno de España, responden fundamentalmente a exigencias de la Unión Europea y, en general, de la legislación internacional. Aun así, el Gobierno español ha optado por las penas mínimas en los nuevos delitos económicos, dentro de la horquilla que les ofrecía la legislación europea, según indicaron ayer los responsables de Justicia. Entre esos castigos están las penas de 'prisión de uno a cuatro años' a las que deberán enfrentarse 'los que como administradores de hecho o de derecho de una sociedad que cotice en el mercado de valores, falsearan sus balances o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, de modo apto para producir engaño y de se modo consiguieran captar inversores u obtener créditos o préstamos', según el nuevo artículo 282 bis.

En la actualidad ya existen penas de prisión de entre uno y tres años para los administradores de sociedades que falseen sus balances para causar perjuicio a empresa, a sus socios o a terceros. La novedad del delito de estafa de inversiones es

que la falsedad de las cuentas se produce con otro fin, el de captar inversores o créditos. Este nuevo artículo se completa con una nueva redacción del 284 en el que se extiende 'la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses' a quienes 'difundan noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas de que se ofrecen datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio por cantidad equivalente'.

Asimismo se castigará con esta pena a quien use información privilegiada, realice transacciones o de órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros; y a quienes, con esa misma información, se aseguren una posición dominante en el mercado de dichos valores, con el fin de fijar sus precios en valores anormales. Otra novedad consiste en que los auditores o cualquier otro profesional culpable de aprobar balances o informes contables falsos podrán ser castigados con penas de cárcel de uno a tres años.

El nuevo Código Penal castigará por primera vez la corrupción entre particulares'. Las penas para quien 'prometa, ofrezca o conceda' a directivos, empleados o colaboradores de una empresa, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificada para que le favorezca a él o a un tercero se castigará con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa de entre un y tres veces el valor del beneficio. Esta pena se aplicará también a quienes reciban el cohecho.

El texto puede cambiar porque aún debe aprobarse por el Gobierno y el Parlamento.

Frenar los delitos de 'cuello blanco'

'Dar poco tiempo para la prescripción del delito fiscal es un salvoconducto de impunidad para los delincuentes de cuello blanco, aseguraba ayer el ministro de Justicia,

Juan Fernando López Aguilar. Por ello, la reforma del Código propuesta aumenta de cinco a diez años la prescripción del delito fiscal (por deudas con Hacienda superiores a 120.000 euros). Además, el texto modifica la forma de calcular el periodo de prescripción del delito. Así, dicha prescripción se interrumpirá (poniéndose el contador de los diez años a cero) cuando el procedimiento legal se dirija contra la persona que aparezca indiciariamente como culpable. El momento concreto de la interrupción será 'cuando se produzca la actuación material sustancial del Juez Instructor o cuándo éste o el Ministerio Fiscal ordenen a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención'. El contador volverá a correr cuando se paralice el procedimiento legal o termine sin condena

3.3 Defraudación tributaria

El objeto del presente trabajo consiste en presentar al lector un panorama de la evolución doctrinaria de la "Teoría del error" en la elaboración dogmática del Derecho Penal e Infraccional Tributario, partiendo de los estudios realizados en el ámbito de la parte general del Derecho Penal y observando, como afirma Marcelo A. Sancinetti ³⁶, que este intento de "traslado de la dogmática de la parte general del derecho penal al campo del ilícito tributario ha sido en la Argentina muy renuente; y sus resultados, por lo demás, no muy significativos..."; por lo que intentaré abordar la cuestión señalando las distintas teorías seguidas en las sucesivas etapas de esta evolución, marcando las contradicciones (si las hubiere) y presentando un sucinto análisis jurisprudencial en los diferentes ámbitos de la temática propuesta. La discusión se plantea en torno a la conceptualización del "dolo" en los tipos penales en los que se verifica la presencia de elementos fuertemente normativos ³⁷ como en el caso de la pretensión tributaria, arribándose a distintos resultados en tanto se adhiera a la "teoría de la culpabilidad" o a la "teoría del dolo" a las que nos referiremos más adelante.

Como toda discusión doctrinaria en el ámbito penal, la adopción de una u otra teoría tiene importantes consecuencias prácticas en orden a merituar qué virtualidades

36 SANCINETTI, Marcelo A. - "Presentación de la versión castellana" de la obra "conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario" - Maiwald, Manfred - Ed. Ad-hoc.1997.

37 MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCIA ARAN, Mercedes - "Derecho penal - Parte General" - 4º Ed. Tirant Lo Blanch - Valencia- Ed. 2000.

jurídicas tiene el hecho de que un sujeto evada impuestos o incumpla una obligación formal o "formal agravada" sin tener conciencia de estar sujeto a tal obligación; cuestión muy frecuente en consideración a la cada vez más amplia y compleja legislación tributaria.

3.3.1 La postura de Welzel:

A partir de la evolución de la doctrina alemana, Welzel se propuso discutir el elemento "evadir tributos" y observó que el autor de la defraudación tributaria faltaría a la "pretensión tributaria" que se le dirigía por parte del Estado y que constituía "el verdadero objeto del hecho de la defraudación tributaria."³⁸ "Con la argumentación de Welzel, por tanto, la defraudación tributaria se ve como un delito de resultado, cuyo resultado se traduce en un elemento normativo del tipo – evasión de la pretensión tributaria...en la defraudación tributaria la acción u omisión allí descrita tiene que conducir a un menoscabo de la pretensión tributaria, por tanto, a un "daño" de tal clase que el Estado no recibe lo que a él le corresponde en derecho."³⁹ Según esta solución desarrollada por Welzel para la defraudación tributaria, aquel sujeto que evade objetivamente los impuestos, pero no sabe que está obligado a pagar, actúa sin "dolo" de defraudación tributaria.

De esta manera, se superó la construcción de la "deslealtad tributaria" como integrante del tipo de "defraudación tributaria", ya que al considerar necesario el conocimiento de la existencia de una pretensión tributaria para tener por configurado el dolo, "está resuelta ya, justamente con eso, la deslealtad tributaria."⁴⁰ Con esta tendencia se pone de manifiesto el problema de la constitución del "contenido" de la conciencia del autor, en el caso de elementos normativos del tipo. A partir de Mezger se manejó el concepto de la exigencia de una "correcta valoración paralela en la esfera del lego" , a partir de la cual "no habría que exigir la subsunción jurídicamente exacta bajo la ley por parte del autor, sino que bastaría una apreciación del elemento del tipo en el círculo de

³⁸ WELSEL, NJW, 1953, pp. 486 Y ss. (citado por Maiwald, obra citada.)

³⁹ MAIWALD, Manfred - "Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario." - Ed. Ad-hoc - 1997

⁴⁰ MAIWALD, Ibidem

pensamiento de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial.”⁴¹

3.3.2 La posición de la dogmática moderna:

"Durante muchos años, la discusión entre finalismo y no finalismo pareció estar vinculada de modo irremediable a las teorías del error. Si el dolo tenía que ser un elemento del tipo, del ilícito, y, a su vez, era un valor entendido que tenía que haber un contenido delimitable entre ilícito y culpabilidad, con objetos distintos, entonces, la conciencia del ilícito, como elemento de la culpabilidad, no podía ser a la vez elemento del dolo." ⁴² Consecuentemente, frente a la regulación unitaria que proponía la teoría del dolo comentada "supra", la teoría de la culpabilidad propone distinguir entre "error de tipo" y "error de prohibición", consistiendo el primero de ellos en el que recae sobre los elementos del tipo penal, es decir, el autor de la conducta típica "no sabe lo que hace"; mientras que, cuando el autor "sabe lo que hace", pero cree erróneamente que su conducta está amparada por el ordenamiento jurídico incurre en un "error de prohibición"

"Tal doctrina moderna sostiene que el error de tipo elimina el dolo (es decir, la intención de llevar a cabo un tipo penal); cuando dicho error es inevitable, la conducta será atípica, no punible. En cambio, cuando el error es evitable, se podrá imputar al autor como responsable de un delito culposo siempre y cuando - claro está - el Código Penal prevea en ese caso un tipo de esa naturaleza." ⁴³; mientras que el error de prohibición, si es inevitable, excluye la culpabilidad y, si es evitable, la atenúa. Esta cuestión requiere discutir respecto de los problemas que surgen a partir de la categoría de "error de prohibición evitable" por la vaguedad que ofrece esta formulación a nivel de "lenguaje" y por ser el único caso que genera consecuencias prácticas diferentes.

⁴¹ MEZGER – STRAFRECHT – 2ª ed. 1933, p. 328.

⁴² SANCINETTI, Marcelo A. - "Sistema de la teoría del error en el código penal argentino" . Ed. Hammurabi - 1990.

⁴³ GULLCO Hernán V. - LERER Ignacio A. - "Un erróneo fallo sobre el error" (a propósito de la sanción de clausura) - Impuestos - XLIX-B.

Así, los tres términos tienen su forma de falsificación:

- El error, por la falta total de criterios firmes para resolver el problema paralelo al del dolo eventual, en el ámbito de la consciencia de la antijuridicidad.
- La calificación del objeto sobre el cual recae el error como “de prohibición” o “de tipo”, por la amplia textura que permite el problema del error sobre elementos normativos del tipo y su opuesto: “error de subsunción”; y,
- Finalmente, el juicio sobre la evitabilidad del error, por la extrema imprecisión que existe para esa calificación.”⁴⁴

Es decir, si partimos del supuesto en que hay error, la cuestión radica en deslindar cuando estaremos en presencia de un error de prohibición y no de tipo y, suponiendo que sea de prohibición, cual es el criterio para considerarlo evitable. (para un desarrollo en extenso de esta cuestión ver la obra de Marcelo A. Sancinetti). Si el contribuyente que no paga los tributos debidos o incumple algún deber formal no es consciente de estos deberes, yerra sobre el estar prohibido de su hecho en conjunto. “Tampoco en el sentido inverso el conocimiento del deber tributario no se puede separar del conocimiento de la prohibición, de modo que el desconocimiento de un elemento, el deber impuestos, siempre incluye también, forzosamente, la suposición de no cometer ningún ilícito (tributariamente relevante) “en absoluto”. Pero ésta es la situación del error de prohibición, pues el autor no sabe, en este caso, que su conducta en total contradice una norma jurídica.” ⁴⁵

Lo cierto es que, en general, en la jurisprudencia no es muy claro si predomina la adscripción a la teoría del dolo o de la culpabilidad (en sus variantes de culpabilidad estricta o limitada), si las categorías de “error de tipo” y “de prohibición” son aplicables a nuestro sistema, ni tampoco cuales son las situaciones de hecho que merecen ser punidas en los casos concretos; manifestándose cierta inconsistencia al “relacionar la

⁴⁴ SANCINETTI, Marcelo A. – obra citada – pág. 7.

⁴⁵ MAIWALD, obra citada.

necesidad del castigo con las exigencias del principio de culpabilidad.”⁴⁶, cuestión que veremos en el próximo apartado al analizar las tendencias jurisprudenciales.

3.4 Quiebra fraudulenta

Con respecto al delito de quiebra fraudulenta, lo enfocaremos, en el periodo de tiempo que va del año 1988 al año 1997 el Registro Nacional de Reincidencia en España sólo tiene contabilizadas en todo el país un total de doce sentencias condenatorias por delitos de quiebra o liquidación fraudulenta de personas físicas o jurídicas, asimismo en nuestra provincia en una búsqueda acotada a los últimos diez años sólo se han logrado encontrar cuatro sentencias condenatorias por este tipo de delitos. Esta información podría ser interpretada de diversas maneras, pero la realidad económica de España en las últimas décadas nos lleva a descartar la mayoría de ellas.

La interpretación que a nuestro criterio es la acertada, es que el sistema penal rara vez selecciona conductas de este tipo para su juzgamiento, y ello es así por la selectividad operativa con que actúan las agencias de criminalización secundaria⁴⁷, lo cual nos permite contestar la pregunta planteada en el comienzo. Sin olvidarnos que este es un rasgo ineludible del funcionamiento del sistema, resulta interesante poner en evidencia que siendo esta una conducta que demuestra un importante grado de sofisticación en su desarrollo y consecuencias ciertamente gravosas para el patrimonio de los acreedores, no resulte atrapado por el sistema con la facilidad que lo son hechos mucho más groseros, y tal vez con un menor contenido de injusto, cometidos casualmente por personas con un alto grado de vulnerabilidad.

Sin caer en la explicación conspirativa, de que alguien o algo manejen el sistema penal de modo armónico, se pueden marcar una serie de datos que nos brindan algunas pautas para entender esta realidad. En este sentido, estimamos que la enorme brecha existente entre la legislación comercial y la ley penal sobre el tema, puede ser una de las razones principales de este fracaso. Como se advierte no ha sucedido en nuestro país lo

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ Zaffaroni, Alagia y Slokar, "Derecho penal. parte general", Ed. 2000, pag. 9.

mismo que ha pasado en países como España, Italia o Alemania donde se adaptó la legislación penal especial a los avances suscitados en materia concursal.

Estas circunstancias, obligan al intérprete, en especial al operador del sistema judicial, ha realizar un enorme esfuerzo para armonizar estos plexos normativos y mientras tanto, los delitos relacionados con la quiebra permanecen imperturbables con la misma estructura, constituyéndose en verdaderos agujeros negros que desalientan o conducen a la nada proyectos de reforma de la ley penal y engullen, sin dejar rastros ni secuelas, cientos de procesos penales. En síntesis, el sistema penal entre otras, por las razones expuestas, difícilmente selecciona comportamientos de esta índole para su juzgamiento y si lo hace un cúmulo de deficiencias legislativas y judiciales conspiran para frustrar tales impulsos ⁴⁸, entre estas últimas, lamentablemente no puede pasarse por alto la falta de compromiso que en general se advierte en los operadores del sistema judicial - incluidos los síndicos- para la investigación de esta particular figura, lo que tal vez explique la reticencia que existe para tomar estas causas y llevarlas adelante. Interpretense las opiniones que de este tipo penal se realizan a continuación como un humilde intento de revertir la situación planteada.

3.5 Previsión legal:

La conducta en estudio se encuentra prevista en el Art. 176 del Código Penal Español: "Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en alguno de los hechos siguientes:

- Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas.

- No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa.

48 Rafecas, Daniel Eduardo, "El delito de quiebras de sociedades" Ed. Ad Hoc, pag. 27

- Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor."

Análisis de algunos puntos oscuros de la figura:

3.5.1 Bien jurídico afectado:

Analizaremos este concepto desde su misión garantista y limitadora del poder punitivo. En este sentido, entendemos junto con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional que la inclusión de la figura dentro del Título VI del Código Penal "delitos contra la propiedad" indica claramente la opción tomada por nuestro legislador. Así, creemos acertada la opinión de Fontán Balestra cuando señala que dada las particularidades específicas de este ilícito, dentro de los delitos contra la propiedad protege el derecho de los acreedores a percibir sus créditos del patrimonio del deudor en tanto prenda común⁴⁹.

Estas afirmaciones sirven para dejar a un lado las opiniones que siguiendo la doctrina italiana, especialmente a Carrara, afirman que el bien jurídico en juego es la "fe pública" o aquellas otras de la doctrina española que sostienen que además del patrimonio lo que se afecta es "un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza, como clima necesario de las operaciones financieras, que favorezca la canalización del ahorro hacia la inversión de la empresa que realiza el desarrollo económico"⁵⁰.

Posiciones, que a nuestro criterio y siguiendo en este tema a Zaffaroni lo único que hacen es crear artificialmente o clonar bienes jurídicos, apelando a conceptos tan generales como inasibles (orden público, bien común, paz pública, etc.), valores que son innegables pero no independientes, pues no existen por sí mismos sino que son resultado de la efectiva vigencia de todos los bienes jurídicos particulares⁵¹. Aquí cobra importancia la aclaración realizada al principio de este punto, puesto que las imputaciones

49 Fontán Balestra, "Tratado de derecho penal", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. VI, p. 162.

50 Beneytez Merino, Luis, "Las insolvencias punibles" en Curso de derecho penal económico, director: Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 170.

51 (5)Zaffaroni, Alagia y Slokar, obra cit., pag. 470.

realizadas en virtud de la afectación de bienes jurídicos de esta índole resultarían violatorias del principio de lesividad (derivado del primer párrafo del Art. 19 de la C.N.) que impone la ausencia de tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico. Lo cual aplicado al tipo en análisis nos permitiría afirmar que nos encontramos ante un delito de daño y no de peligro, como aún se sostiene en algunas obras (entre ellas la de Soler). Definición que nos autoriza a concluir que para su tipificación resulta indispensable la acreditación de un perjuicio patrimonial para los acreedores, por lo cual, aún cuando se acreditaran maniobras fraudulentas por parte de un comerciante declarado en quiebra, si al momento de la distribución de los fondos se vieran satisfechos todos los créditos verificados, la conducta no sería típica de quiebra fraudulenta, sin perjuicio de poder configurar otra conducta delictiva.

Vale la pena destacar, que aquellos que opinan que el sujeto pasivo del delito es la masa de acreedores, lo hacen pues ello resulta funcional a la clasificación de este como un delito de peligro. Como dijéramos, no es esta nuestra opinión, y creemos claro que sujetos pasivos de la quiebra fraudulenta son los acreedores singulares en cuanto integrantes de la masa, puesto que esta última sólo es una institución procesal que no ejerce titularidad alguna sobre el bien jurídico que ataca el delito.

3.5.2 Problemas de autoría:

Es opinión unánime de los autores que se trata de un delito especial propio, resultando muy discutido que calidad o calidades tiene que reunir el autor. Creus entiende que queda claro que tiene que tratarse de un comerciante, pero como la fórmula legal menciona al comerciante declarado en quiebra, se ha considerado que debe reunir ambas calidades para ser autor: comerciante y declarado en quiebra⁵².

Respecto de la primera cuestión no existen mayores discrepancias, la persona que no es comerciante no puede ser autor del delito del art. 176 del Código Penal, y esta calidad reviste el carácter de elemento normativo del tipo objetivo referido al autor. Sólo vale la pena hacer mención de una situación que se presenta en la práctica y los autores

52 Creus, Carlos, "Quebrados y otros deudores punibles". Ed. Astrea, Bs. As. 1989, pag. 92.

no le han prestado demasiada atención. Afirma Donna, citando a su vez a Carrera, que la calidad de comerciante se establece de acuerdo a las previsiones del Art. 1º y ss. del Código de Comercio, y la declaración corresponde al Juez competente, siendo irrevisable por el juez del Crimen que queda sujeto a esta declaración de quiebra⁵³. La cosa no es tan simple, pues de acuerdo a la última reforma de la ley de concursos y quiebras (Ley 24.522) esta última puede alcanzar también a deudores no comerciantes. Que sucede entonces, cuando el Juez Comercial dicta una quiebra sin circunstanciar la calidad del sujeto procesal contra el que se dicta. Esto, mas que la excepción parece ser la regla, no sólo por lo corroborado en algunos expedientes que pasaron por nuestras manos sino por lo que opinan los especialistas: "la experiencia como síndicos concursales nos muestra que en todos los expedientes que fueran enviados a la justicia de instrucción por inexistencia de bienes en las quiebras, ningún juez comercial declaró expresamente la calidad o no de comerciante del fallido, aunque ello surja implícito en las actuaciones"⁵⁴. Por lo tanto, las discusiones de los autores acerca de si la declaración de la calidad de comerciante es una cuestión prejudicial o no, han quedado en el olvido y no queda otra alternativa que sea el Juez en lo Penal quien determine tal calidad de acuerdo a la actividad desarrollada por el fallido al momento de las maniobras fraudulentas que lo llevaron a la quiebra y las clasificaciones previstas en la ley Comercial (Arts. 1º y ss.). Ahora bien, mas trascendente resulta el análisis de la segunda de las calidades que debe reunir el sujeto activo. Ello así, puesto que la categorización dogmática que se reconozca a la calidad de "declarado en quiebra" determinará las consecuencias que una u otra postura acarreará en distintos momentos de análisis de la estructura del delito. Las posiciones en principio son dos, quienes sostienen que la declaración de quiebra es una condición objetiva de punibilidad (entre los que se encontraban Jiménez de Asúa y Soler, y actualmente es mantenida por Tozzini), sin la cual no puede haber proceso por falta del sujeto procesal legalmente definido⁵⁵; y quienes afirman que la declaración de quiebra es un elemento integrante del tipo objetivo.

53 (7) Donna, Edgardo Alberto, "Delitos contra la propiedad", Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2001, pag. 660.

54 (8) Campos, Juan Carlos "La eliminación de la calificación de conducta en la ley 24522 y la aplicación de la legislación penal en la quiebra fraudulenta", Errepar- dse- N° 125, abril 1998, T. IX, pag. 969.

55 Soler, Sebastian "Derecho Penal Argentino" TEA, Bs. As. 1963, T. IV, pag. 394.

Sin embargo dentro de este último grupo también existen opiniones encontradas, están quienes sostienen que se trata de un elemento integrante del tipo objetivo referido al autor, como Bacigalupo cuando dice que la sentencia declarativa de quiebra es "...la norma que califica al sujeto activo del delito, por cuya razón pertenece al tipo penal como elemento del sujeto" ⁵⁶, opinión que es compartida por Donna y lo lleva a afirmar que solo puede ser autor aquella persona física comerciante declarada en quiebra, para actos que haya ejecutado de acuerdo al artículo 176 del Código Penal, siendo los únicos posibles de imputar aquellos que se han realizado después de la declaración de quiebra, ya que, como ha sostenido Bacigalupo, no serían antijurídicos si el autor no se encontrara limitado en sus derechos como consecuencia de la sentencia que declara la quiebra ⁵⁷.

Como se advertirá esta es una de las consecuencias a las que se hacía referencia precedentemente, es decir que de acuerdo a la opinión de Bacigalupo y Donna, si categorizamos a la calidad de "declarado en quiebra" como un elemento integrante del tipo objetivo referido al autor, no podríamos imputar los hechos anteriores a la declaración de quiebra, advirtiéndose que los motivos alegados apuntan a la vigencia de los principios constitucionales de legalidad y reserva, argumentos que parecen muy interesantes, pero por varias razones que se explicarán mas adelante no juzgamos acertados.

La otra posición es la compartida actualmente por la mayoría de la doctrina y por la que se ha definido gran parte de la jurisprudencia que se conoce, sin ir mas lejos es la adoptada por el Superior Tribunal de nuestra provincia en los autos "Gossio, Angel Ricardo s/ quiebra fraudulenta". Los autores que han expresado esta última postura sostienen que la calidad de declarado en quiebra es un elemento integrante del tipo objetivo referido al hecho, en palabras de Rafecas, o es un elemento circunstancial del tipo que determina el sector de antijuricidad penalizado por él, en palabras de Creus, coincidiendo todos en que esta categorización no impediría la imputación y persecución de los hechos fraudulentos anteriores a la declaración de quiebra.

56 Bacigalupo, Enrique "Estudios jurídico- penales sobre insolvencia y delito, Depalma, 1970, pag. 29.

57 Donna, Edgardo Alberto, obra cit., pag. 662.

3.5.3 Hechos anteriores a la declaración de quiebra:

Consideramos que los hechos anteriores a la declaración de quiebra son abarcadas por el tipo, por varias razones. En primer término, una política criminal razonable que intente ejercer resistencia a la selectividad direccionada del sistema a la que se hizo referencia en la introducción, así lo indica. En segundo lugar, y siguiendo en esto las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la primera regla de interpretación de las leyes es darle pleno efecto a la intención del legislador, siendo la fuente primaria para ello la letra de la ley⁵⁸, en tal sentido se advierte claramente que el tipo penal en cuestión no dice "...el comerciante declarado en quiebra que haya...", sino "que hubiere", tiempo verbal que indica con meridiana claridad que se refiere a hechos en los que se incurrió antes de la declaración formal de la quiebra, uso verbal que se repite en el Art. 178 del C.P. -quiebra fraudulenta de sociedades comerciales-. El tercer elemento a tener en cuenta es el Art. 179, párrafo 1º del C.P. que según el propio Bacigalupo es el reflejo del 176 pero para el deudor no comerciante, el cual refiere que los concursados civilmente que para defraudar a sus acreedores "...hubieren cometido o cometieren..." alguno de los actos mencionados en el art. 176, es decir antes o después de encontrarse en esa instancia. A esto se debe sumar una observación del sentido común que indica que en la generalidad de los casos las maniobras tendientes a defraudar a los acreedores en un proceso falencial se realizan antes de la declaración formal de la quiebra.

Finalmente corresponde hacer una evaluación de la posición esgrimida por Bacigalupo y Donna; en tal sentido como dijéramos en el punto anterior nos resulta inquietante la observación realizada por los mencionados autores, y creyendo que la doctrina no ha rebatido con autoridad sus planteos intentaremos responderlos, alguno de las cuales desarrollaremos en este punto y otros en el que sigue.

Así, como apuntamos en su momento, Bacigalupo sostiene que los únicos hechos pasibles de imputación son aquellos que se han realizado después de la declaración de

58 C.S.J.N. Fallos 302:973 LL. 1980 D. 397; 299:167 LL. 1978 B. 308.

quiebra, ya que los anteriores no serían antijurídicos si el autor no se encontraba limitado en sus derechos como consecuencia de la sentencia que declara la quiebra, lo cual nos lleva necesariamente a analizar si el comerciante antes de la declaración de quiebra se encuentra amparado por los principios constitucionales de legalidad y reserva (Art. 18 y 19 de la C.N.) y las maniobras realizadas en esa situación podrían estar afectadas por un error de prohibición. Al respecto utilizaremos la teoría de las normas como instrumento metodológico, entonces podemos decir y siguiendo en esto al Profesor Zaffaroni que de la ley penal se infieren normas deducidas que nos permiten conocer el alcance prohibitivo de la ley⁵⁹, aplicando ello al tipo penal en estudio, mas allá que podamos compartir que el mismo muestra serias falencias de técnica legislativa, entendemos que aún así la norma que de aquel se deduce permite comprender claramente que la prohibición no sólo alcanza a los hechos posteriores sino también a los anteriores a la declaración formal de la quiebra, lo cual le permitiría al autor motivarse en la norma y actuar de otro modo.

Otra argumentación podría ensayarse tomando las enseñanzas de Baigún en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶⁰, así podríamos decir que al igual que las personas jurídicas, los comerciantes en el desarrollo de su actividad estarían obligados a contar con toda la información técnica y jurídica que requiere el ejercicio del comercio y por ello contarían con un conocimiento presunto que haría inadmisibles de su parte alegar un error de prohibición como eximente. Lo cual no resulta descabellado si se advierte que la realización de este tipo de actividades delictivas requiere un cierto grado de sofisticación, inimaginable para alguien que no posea conocimientos técnicos y jurídicos sobre el ejercicio de una actividad comercial.

3.5.4 Requerimientos del dolo en los hechos anteriores a la declaración de la quiebra:

Recapitulando, podríamos decir que no nos caben dudas que la calidad de declarado en quiebra es un elemento normativo integrante del tipo objetivo y que los hechos anteriores a la declaración formal de quiebra pueden ser alcanzados por la

59 Zaffaroni, Alagia y Slokar, obra cit., pag. 94.

60 Baigún, David, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Depalma, Bs. As., 2000, pag. 148.

imputación, las dudas vuelven a aparecer aparecen cuando ingresamos a analizar alguna categoría dogmática como el dolo. El tema es el siguiente, los autores son contestes al sostener que nos encontramos ante un delito doloso con un específico contenido cognoscitivo, por lo cual el sujeto activo al realizar el acto de fraude antes de la quiebra no sólo deberá actuar con conocimiento del carácter fraudulento de su acto, sino también abarcando en dicho conocimiento la trascendencia del fraude a la quiebra, es decir que como venimos sosteniendo que la calidad de declarado en quiebra es un elemento normativo integrante del tipo objetivo y debe estar alcanzado por el conocimiento del dolo, ello resulta difícil de explicar cuando las maniobras fraudulentas son anteriores a la declaración de quiebra.

Creus sostiene que en la actual doctrina de la culpabilidad esa dificultad puede superarse si se considera que el conocimiento de la trascendencia del fraude a la quiebra es un conocimiento que cualquier comerciante tiene necesariamente que tener y que, cuando actúa no puede dejar de tenerlo presente como un factor compensado⁶¹. Lo que en cierta forma coincide con lo afirmado en el punto precedente respecto de la existencia de un conocimiento presunto en la persona de los comerciantes.

Nuevamente recurriremos a un concepto recogido de Baigún⁶² para intentar arrojar mayor luz sobre la cuestión, el nombrado profesor citando a un autor ruso llamado Leontiev⁶³, afirma, que la conducta o actividad esta generada siempre por un motivo, cuya realización es el objeto de la conducta, sus componentes son las acciones con fines parciales, directos o indirectos, y a su vez las acciones están constituidas por movimientos; que cuando las acciones parciales se hallan coordinadas y dirigidas a un objetivo central, se convierten en un fin conciente, que se identifica o coincide con el motivo. Es el motivo-fin soporte de la conducta y al mismo tiempo explicación de su contenido. El tipo penal recoge este plexo tan complejo valorando con un contenido de injusto las unidades visibles, que el legislador recorta y compone con su lenguaje específico.

61 Creus, Carlos, obra cit., pag. 99.

62 Baigún -Bergel, "El fraude en la administración societaria", Depalma, Bs. As.,1988, nota al pie pag. 197.

63 Leontiev, A.N., "Actividad, conciencia y personalidad, Ed. Ciencias del Hombre, Bs. As. 1978, pag. 81.

Así entonces, bien podemos decir que todos los hechos previstos en el arts. 176 del C.P., que pueden ser anteriores o posteriores a la declaración de quiebra, son acciones parciales que forman parte de un proceso, conducta o actividad que tiene como objetivo central el fraude a los acreedores y la declaración formal de la quiebra "conforma el núcleo típico aglutinante" ⁶⁴, por lo cual el dolo se encuentra presente durante todo este proceso, inclusive al momento de la declaración de la quiebra.

3.5.5 Características especiales de los hechos previstos en el inciso 2º:

Entendemos junto con Rafecas ⁶⁵, que este inciso debe tomarse como un único supuesto en el cual el sujeto activo distrae, tanto antes como después de declarada la quiebra, bienes de su patrimonio en fraude de sus acreedores. Se parte de la presunción legal según la cual una vez comprobada la preexistencia de bienes en el patrimonio del ente, estos deberían estar allí al momento de ser requeridos para hacer frente a la masa de acreedores. La falta de justificación reclamada por el tipo en su primera parte es una condición objetiva posterior a la comisión del ilícito que no necesariamente debe ser abarcada por el conocimiento del dolo del autor y nada tiene que ver con su culpabilidad. Lo que se castiga no es el mero no justificar, si ello fuera así deberíamos considerarlo como un delito de peligro abstracto, según el cual debe castigarse como quebrado fraudulento al que no justificó oportunamente la salida de bienes, sin conectar ese incumplimiento con ningún resultado.

El contenido del ilícito en esta situación, está en la substracción u ocultación, antes o después de la quiebra, de bienes del patrimonio del ente deudor, y no en la falta de justificación en si misma.

Conclusión:

Atento a la importancia que hoy día tiene la actividad económica en una sociedad y los perjuicios que este tipo de conductas le generan a esa actividad económica en general y al crédito como bien económico-social en particular -no olvidemos que en la mayor parte de los casos los mayores perjudicados por este tipo de delitos son los Bancos-,

64 , "Delitos vinculados a la quiebra", JA, 11/5/88, n° 5567.

65 Rafecas, Daniel Eduardo, obra cit., pag. 106.

compartimos con Donna ⁶⁶ que la reforma del capítulo "Quebrados y otros deudores punibles" se impone, no en aumento de penas, sino en tipos que abarquen el fenómeno real del concurso y de la quiebra, mas aún después de las sucesivas reformas de las leyes comerciales sobre concursos y quiebras.

3.6 Legislación nacional que regula la sociedad anónima, delitos que pueden cometer por medio de la simulación:

Nuestro ordenamiento jurídico respecto a la sociedad anónima en el Artículo 86 del Código de Comercio así: "Sociedad Anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito". Se otorga personalidad jurídica a la sociedad mercantil entre las cuales se encuentra la sociedad anónima, de conformidad con el Artículo 14 del Código de Comercio, debiendo únicamente ser constituida de acuerdo a las disposiciones del citado código e inscrita en el Registro Mercantil.

Respecto a la Administración esta regulado en el Código de Comercio en su articulado del 44 al 58 y específicamente a la sociedad anónima del 162 al 183, dentro de los cuales establece que la administración puede estar a cargo de uno o varios administradores o gerentes, que pueden ser o no socios y tendrán la representación judicial, forma de su nombramiento, facultades, delegación para ciertos actos, administración conjunta, el uso de la razón social, responsabilidad, falta de facultades, rendición de cuentas, responsabilidad general, responsabilidad específica, extinción de la responsabilidad, acción de responsabilidad, entre otras regulaciones. Para la constitución de la sociedad anónima se debe cumplir con lo establecido en el artículo 16 y 17 del Código de Comercio, indicando la solemnidad de la sociedad por lo que se debe de constituirse y sus modificaciones en Escritura Pública, en virtud de lo cual se debe cumplir con todos los requisitos y formalidades exigidos por el Código de Notariado respecto al protocolo e

66 Donna,, pag. 656. Edgardo Alberto, obra cit.

instrumento público, además de los requisitos necesarios para su validez deberá contener los específicos, lo anterior regulado en los artículos 13, 29, 31, 46 y 47.

En cuanto al tema propiamente de la simulación se establece cuando tienen lugar la simulación en el artículo 1284 del Código Civil, así mismo se regula los tipos de simulación en los artículos 1285 y 1286 respectivamente. El Código Penal establece que tipo de responsabilidad tienen las personas jurídicas específicamente en el artículo 38, indicando que se tendrá como responsables de los delitos respectivos a los directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas que hubieren intervenido en el hecho. El artículo 263 del mismo cuerpo legal establece que comete estafa propia quién induciendo a error a otro mediante ardid o engaño lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno.

El artículo 271 del Código Penal establece que existe estafa mediante informaciones contables cuando el administrador o empleado de entidades mercantiles en sus dictámenes no comunicaciones firmen o certifiquen informes, memorial o proposiciones, inventarios, integraciones estados contables o financieros y consignen datos contrarios a la verdad o a la realidad o fueren simulados n con el ánimo de defraudar al público o al Estado. El artículo 348 del Código Penal, referente a la quiebra fraudulenta establece que existe cuando los gerentes administradores accionistas y liquidadores se declaran en quiebra y se hayan beneficiado de la mala administración o hubiesen cooperado en la planificación o ejecución o en ambas de alguno de los actos que la provocaron respecto a los bancos aseguradoras afianzadoras, que se entiende son constituidas como sociedad anónima. El artículo 358 B del Código Penal, establece que comete el delito de caso especial de defraudación Tributaria específicamente en el numeral 10: El contribuyente que para simular la adquisición de bienes o servicios falsifica facturas, las obtiene de otro contribuyente, o supone la existencia de otro contribuyente que las extiende y para aparentar gastos que no hizo realmente, con el propósito de desvirtuar sus rentas obtenidas y evadir, disminuir la tasa impositiva que el tocaría cubrir o para incrementar fraudulentamente su crédito fiscal; y el contribuyente que las extiende.

El artículo 352 Código Penal, establece que existe alzamiento de bienes quién de propósito y para sustraerse al pago de sus obligaciones se alzare con sus bienes los

enajenare, gravare u ocultare, simulare créditos o enajenaciones sin dejar personas que los represente o bienes suficientes para responder al pago de sus deudas.

3.7 Legislación internacional:

La legislación Española señala que la ley no contiene un concepto de sociedad anónima, explicando que sin duda se debe por que la misión del legislador no es definir sino regular, no obstante el artículo 1 de su Código de Comercio contiene una enumeración de los requisitos esenciales a toda sociedad anónima estos son: Tener dividido el capital en acciones, que el capital se forma o integre necesariamente por las aportaciones de los socios; que los socios no responsan personalmente de las deudas sociales en estos dos primeros requisitos ponen de manifiesto que la sociedad anónima es una institución que sirve para acumular el capital aportado por los socios para explotar una actividad.

En el artículo 3 se establece un régimen especial al decir que la sociedad anónima tendrá carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, así mismos la doctrina indica que es lícita la constitución de una sociedad anónima que no pierde su naturaleza mercantil, aún cuando no persiga una finalidad lucrativa, pero eso no obstante según el autor Brosetta Pont, es de la opinión que esta consecuencia no se desprende del artículo anterior el cual se refiere al objeto y no al fin social por considerar que la constitución de una sociedad anónima sin finalidad lucrativa aparece desnaturalizar el concepto de sociedad prevista en los artículos 1665 del Código Civil y 616 del Código de Comercio español, lo que permite dudar de su licitud. Así también se regula la constitución de la sociedad anónima como la fundación simultánea y la fundación sucesiva, siendo la simultánea cuando se constituye en un solo acto, y la sucesiva en el sentido que previo a suscribirse se saca a la venta las acciones.

En la legislación Hondureña se maneja la teoría del capitalismo que ha desarrollado y alcanzado un máximo esplendor la sociedad anónima como instrumento más potente en el campo de organización de las empresas, con estas palabras el Código de Comercio

Hondureño comienza a explicar en la exposición de motivos, los fundamentos de este tipo societario, resumiendo en ellas los principios tanto económicos como jurídicos que imperan en esa institución. El concepto de las personas jurídicas en el derecho hondureño está íntimamente ligado con el de la realidad preformativa que regula no una figura ideal creada por el legislador con base al fundamento teórico filosófico sino que tiene por objeto normar una situación de hecho del mundo económico social de un grupo de hombres que unan capitales y esfuerzos en la persecución de un fin común; de ahí que el artículo 1782 del Código Civil la defina como un contrato: Las sociedad o compañía es un contrato por el que dos o mas personas estipulan poner un capital o algo en común con el o beato de repartir entre sí las ganancias o pérdidas que resultan de la especulación

La legislación Argentina establece en su Código Civil no trae una definición de la simulación, sino que se limita a describir distintos supuestos en que se configura este vicio del acto jurídico es tarea de la doctrina ensayar una definición, las nociones que suministran distintos autores son en líneas generales coincidentes partiendo de la noción que brinda Acuña Anzorena al indicar que “ hay simulación toda vez que exista una disconformidad intencional entre la voluntad y su declaración, acordada entre partes con el fin de engañar a terceros”⁶⁷. De manera más escueta Borda enseña que “acto simulado es aquel que tiene una apariencia distinta de la realidad”. Aráuz Castex desarrolla esta concepción diciendo que : “ se llama simulación a la realización de un acto jurídicos que las partes han querido solamente como apariencia de otro acto u omisión, que también han querido como realidad aparente. La ley 143-499 regula los elementos indispensables para la existencia de la simulación y de igual manera la jurisprudencia argentina ha declarado que “la causa simulada es un especie de la causa falsa”.

La legislación argentina en su Código Civil nos da una clasificación de la simulación dividiéndola en simulación absoluta según el artículo 956 “ La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real” y en cuanto a la simulación relativa el Código Civil plantea varias hipótesis: 1) cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, artículo 955, lo que es lo mismo, cuando la

⁶⁷ A. Acuña Anzorena, La simulación de los actos jurídicos. Librería y Casa editora de Jesús Menéndez, BS. As., 1936, P. 14

simulación “se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter” (956). 2) Cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras o fechas que no son verdaderas. 3) Cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten. Artículo 955, es lo que se denomina convención de prestanombre, caso en el que el acto jurídico se celebra realmente con otra persona y solo aparentemente con el testafierro, lo que supone un acuerdo simulatorio trilateral, dado que se configura entre las partes del negocio simulado y el prestanombre.

Y por último la legislación anglosajona habla sobre el fraude en del derecho privado y en la desestimación de la personalidad jurídica, el fraude en el derecho angloamericano sostiene que la imposibilidad de juzgar la conciencia humana por lo que los casos de sentencias condenatorias del fraude son muy escasas y limitadas al fraude procesal. No existe una noción omnicompensiva del fraude sino que cada caso debe ser considerado conforme a sus propios hechos peculiares, por lo que se considera que constituye cualquier hecho destinado a engañar, incluyéndose los actos, omisiones y ocultamientos que resulten en perjuicio de un tercero. Esta concepción se asemeja al argentino en el sentido que es una acción dolosa. Para el derecho anglosajón el fraude constituye una causal de nulidad a diferencia del derecho latinoamericano y europeo este solo da lugar a la revocación del acto.

La teoría del fraude se base en la penetración de la personalidad jurídica sobre el abuso que se hace de esta personalidad y sobre ella se edifica esa doctrina, por lo que dentro de la concepción del fraude se incluye la simulación y al dolo. En la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, dentro de la cual dentro de su orbita de acción se hallarán todos los casos de sociedades ficticias tras de las cuales se ocultan los verdaderos titulares del interés. A diferencia del derecho argentino y el nuestro el fraude no se encuentra ligado a la simulación y al dolo sino que los diferencia, como vicios del consentimiento.

CAPÍTULO IV

4. Análisis doctrinario y crítico sobre la simulación de la sociedad anónima como medio para evadir responsabilidades penales:

4.1 Inexistencia de la sociedad, cuando se da la figura de la Simulación en la Constitución de la misma

Podemos inferir que la sociedad anónima es creada con la finalidad de lucro y lo que interesa es el capital en si y no la persona, es ahí donde radica la ilicitud de su creación. Para la mayoría de las legislaciones y doctrinas la simulación tiene lugar cuando por engaño u ocultamiento se encubre el carácter jurídico del acto con el objeto de obtener un beneficio para la sociedad⁶⁸. Tales definiciones parten de la existencia de una divergencia acordada entre las partes para celebrar un acto jurídico, querido solamente para encubrir otro acto con la finalidad de engañar a terceros.

En el desarrollo de la presente investigación se comprobó la hipótesis planteada, en cuanto a que la simulación constituye un artificio que nace como un ardid realizado por la sociedad para obtener con ánimo de lucro un beneficio a expensas del engaño a terceros, siendo la sociedad el instrumento, a través de maniobras ilícitas, persiguiendo con ello evadir responsabilidades civiles y penales. De acuerdo a las teorías analizadas, encontramos una diferencia conceptual entre el derecho anglosajón y el derecho continental, la cual radica que en el anglosajón la sociedad nace y se desarrolla al margen de toda idea contractual, mientras que en derecho continental europeo, que tiene la influencia del derecho francés, la sociedad anónima surge del concepto civilista del contrato. Encontramos diferencias en la legislación anglosajona ya que la simulación se encuentra inmersa en el concepto del fraude y de la desestimación de la personalidad jurídica, en la creación de sociedades ficticias mientras que en la legislación guatemalteca la figura de la simulación se separa del fraude y del dolo ya que de acuerdo

⁶⁸ Ver, artículo 1284. Código Civil..

a lo que establece nuestro código civil en el artículo 1284 al 1289, la simulación tiene lugar en 3 supuestos:

- Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándole distinta apariencia;
- cuando las partes declaran lo que en realidad no ha pasado;
- Cuando se constituyen derechos a personas interpuestas para mantener desconocidas a las verdaderas interesadas, todo ello afecta la voluntad de las partes lo que da lugar a que la voluntad de estas este viciada y produzca una anulación de la misma⁶⁹.

Así mismo las doctrinas coinciden con nuestra legislación al clasificar la simulación en absoluta y relativa, sin embargo en relación a los efectos el sistema anglosajón considera a la simulación dentro del fraude y que este da lugar a la anulación contractual a diferencia de nuestra legislación donde la simulación no anula el negocio jurídico cuando no tiene un fin ilícito y cuando no cause perjuicio a ninguna persona, por lo que nuestro ordenamiento jurídico adopta la teoría de la invalidez de conformidad con el Código Civil referente a la revocación, la cual indica que la acción contra el tercero solo será admisible si la transmisión tuvo lugar a título gratuito o si la transmisión opero a título oneroso la revocación solo será posible si la adquirente obro de mala fe. "Si la persona favorecida por la simulación ha transferido a otro sus derechos, la acción contra el tercero sólo será admisible si la transmisión tuvo lugar a título gratuito. Si la transmisión se operó a título oneroso, la revocación sólo será posible, si el subadquirente obró con mala fe⁷⁰".

A mi apreciación personal la simulación absoluta también da origen a una ilicitud cuando se declara algo que no es cierto y que dará lugar en el transcurso de la negociación se afectan derechos patrimoniales. La simulación en mis propias palabras constituye una causa de anulación del contrato, y es ilícito tanto por que el negocio es encubierto y por que en realidad simplemente no existe, se trata entonces de un vicio de la declaración de voluntad de las partes, de tales inferencias surgen acciones delictivas

⁶⁹ Artículo 1284. Código Civil.

⁷⁰ ARTICULO 1289. Ibidem.

separadas de la figura civil. Por lo que podemos seguir que la simulación constituye el punto de partida de la acción delictiva.

4.2 El abuso de la personalidad jurídica

Establece el artículo ochenta y seis del código de comercio⁷¹ lo siguiente: "Sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito". En este orden de ideas, la existencia de la personalidad jurídica de la Sociedad anónima y el privilegio de los socios de limitar su responsabilidad al monto del aporte, permiten que pueda hacerse uso indebido de ellos en perjuicio de los terceros que se relacionan jurídicamente con la sociedad, sean tales relaciones contractuales o de cualquier otra clase.

Este abuso de la personalidad se ha facilitado por la ficción legal de que las personas jurídicas pueden actuar al igual que seres humanos o personas naturales o físicas. Se debe descartar el criterio simplista, sostenido con énfasis por el positivismo jurídico, de que el legislador puede crear otro tipo de personas semejantes a las naturales o físicas. En la doctrina actual se ha destacado que al hablarse de persona jurídica no es para dar a entender que se admiten personas distintas de las naturales o físicas, sino más bien porque la colectividad de los socios se somete a un tratamiento jurídico unitario, para que de esa forma ella pueda funcionar en el tráfico como si fuese una persona natural o física.

El abuso de la personalidad jurídica con fines distintos para los cuales fue creada, ha sido objeto de estudio y de consideración tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En la doctrina puede señalarse una excelente descripción del problema, apreciada desde la perspectiva del derecho comparado, expresada de manera breve e integral en los siguientes términos: "... una misma corriente se manifiesta hoy en todos los principales sistemas jurídicos del mundo civilizado. Se ha producido una viva reacción contra lo que

⁷¹ ARTICULO 86. código de comercio.

ha podido parecer la ideología del siglo XIX. Los autores de este siglo habían creado el mito de la personalidad jurídica y creído encontrar el progreso, en una asimilación de las personas jurídicas a las físicas, tan completa como fuera posible. En algunos países, esta ideología había recibido la adhesión del legislador. Hoy, dicha ideología ha sido rechazada unánimemente, incluso en los países en que parecía haber sido consagrada por la Ley. En todas partes se reconoce la evidencia de que las personas morales no son personas en el mismo sentido que los hombres. Se entiende, en consecuencia, que los efectos de la personalidad moral no deben calcarse sobre los de la personalidad humana.

La doctrina moderna, en todos los países, sostiene una concepción estrictamente técnica de la personalidad jurídica; la personalidad moral es un procedimiento técnico del que hacen uso los juristas para agrupar y justificar ciertas necesidades que se les imponen." (Negrillas nuestras) Garrigues ha destacado que el abuso de la personalidad jurídica es posible por el carácter instrumental que tiene su atribución, como medio técnico que el derecho ofrece para el logro de finalidades lícitas que los individuos por sí solos no podrían conseguir. Este instrumento técnico puede dar lugar a un uso indebido, a un mal uso o abuso del mismo. Destacando que cuando la ley permanece silenciosa, la jurisprudencia, principalmente la americana y la alemana, han reaccionado decretando el apartamiento de la persona jurídica, penetrando hasta el fondo para llegar hasta las personas individuales que se ocultan precisamente detrás del aparato técnico.

En el prólogo de la obra de Rolf Serick, se encuentran acertadas apreciaciones de Antonio Polo, quien señala que al reducirse la persona jurídica a un puro concepto estructural, a un mero recurso técnico, no se hizo esperar la utilización instrumental de esta figura formal por quienes querían obtener a través de ella unos objetivos que no son propios de la realidad social para la que ella naciera, sino otros muy distintos, privativos de los individuos que la integran, y que no podrían alcanzarse por otro camino o cuyo logro directo los haría más arriesgados y gravosos. Polo destaca que el concepto de persona jurídica, ingenioso mecanismo de la vida moderna, sufre así el asalto de los individuos y de las sociedades, quienes lo emplean para la satisfacción de sus conveniencias particulares. El indica su carácter neutral propio para servir a diversos fines; exponiendo, además, las siguientes ideas: "Una concepción tan excesivamente

formal de la persona jurídica, especialmente cuando ésta surge como consecuencia de la creación de una sociedad por acciones, estaba llamada a conducir a degeneraciones perniciosas, por cuanto puro concepto estructural, fruto de la técnica y del capitalismo contemporáneo, neutro en sí mismo, se presta a potenciar y actualizar cualquier actividad, sin consideración a los fines concretos con que la misma se persiguen, merced a ese ciego y absoluto sometimiento al puro concepto formal que caracteriza la persona jurídica.

Frente a la exaltación de la persona jurídica como pura forma de organización, gana terreno hoy día la idea de que es necesario aportar limitaciones de orden moral y ético, como freno ante posibles extravíos y desviaciones en su utilización. Empieza a afirmarse que no basta el frío y externo respecto a los presupuestos señalados por la ley, para poder cobijarse bajo la máscara de la persona jurídica y disfrutar de sus innegables beneficios. El remedio frente a esta desviación en el uso de la persona jurídica se ha creído encontrar por los autores y la jurisprudencia en la posibilidad de desestimar o prescindir de la estructura formal de aquélla, para «penetrar» hasta descubrir su mismo sustrato personal y patrimonial, poniendo así al descubierto los verdaderos propósitos de quienes se amparaban bajo aquella armadura legal. Este resultado se alcanzó en la jurisprudencia anterior a través de la invocación de elásticas cláusulas generales, tales como la buena fe, la fuerza de los hechos, la naturaleza de las cosas, las exigencias o necesidades económicas, etc., según puede observarse en numerosas decisiones de los tribunales alemanes y de otros países."

En las conductas abusivas de la personalidad jurídica, el medio de mayor empleo es la sociedad anónima, atendiendo a la limitación de la responsabilidad de los socios y a la posible separación entre socios y administradores, así como a la facilidad de circulación que caracteriza a las acciones; esta facilidad permite la transferencia de la riqueza sin sujetarse a requisitos mayores de publicidad. La sociedad anónima es el paradigma actual de los tipos societarios mercantiles; sus especiales características, antes referidas, permiten emplearla para asumir los mayores riesgos propios del acelerado crecimiento industrial. Ella ha venido siendo objeto de una verdadera utilización masiva, como bien lo ha señalado Juan M. Dobson. Carmen Boldo Roda sostiene que el afianzamiento de la concepción formalista y del dogma del hermetismo de la persona jurídica impulsado por

ella, va a ser el presupuesto fundamental de la crisis del concepto de persona jurídica y de los abusos del mismo; ella añade que la reducción de la persona jurídica a una mera figura formal, a un mero recurso técnico, va a permitir su utilización para otros fines, privativos de las personas que lo integran, y distintos de la realidad social para la que nació. Concluye expresando que uno "de los campos donde más claramente se ha manifestado dicho abuso ha sido el relativo a la utilización de la figura de la Sociedad Anónima para aprovechar las ventajas de la limitación de la responsabilidad."

Ricardo Augusto Nissen, también destaca que las maniobras abusivas son concretadas "generalmente a través de sociedades anónimas, pues en éstas los socios asumen una responsabilidad estrictamente limitada a las acciones suscritas, manteniendo indemne su propio patrimonio de los resultados de la actividad de la sociedad."

4.3 Inoponibilidad de la personalidad jurídica (aspectos procesales)

Antecedentes:

La personalidad sociedad mercantil no debe ser usada con fines que excedan los límites impuestos para los cuales fue creada y el ejercicio regular de los derechos no pueden encubrir una conducta contraria al ordenamiento jurídico establecido, del tal manera que lo cuando se abusa de la personalidad jurídica pretendiendo utilizarla para fines contrarios a la ley, es lícito rasgar o levantar el velo de esa personalidad para penetrar en la verdad que se esconde detrás de ella. El derecho no admite y sanciona el abuso de la personalidad, pero no su uso lícito, su utilización conforme con la finalidad querida por la ley y sin desnaturalización del instituto. Doctrinariamente se sostiene que la personalidad societaria usada con fines a los de su constitución y el ejercicio regular de los derechos no pueden encubrir una conducta contraria a la buena fe y lealtad procesal.

Rolf Serick en su obra "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles"⁷², refiriéndose al derecho alemán, dice que la finalidad de la personalidad jurídica sólo podía alcanzarse con una separación entre su personalidad y la de sus miembros, o sea entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de sus miembros, y que el juez no podría prescindir de la forma persona jurídica en cualquier momento, sino cuando se compruebe que la misma ha actuado fuera de los límites creados para su actuación., es decir, cuando se ha cometido fraude a la ley por medio de la persona jurídica; cuando ha habido fraude y lesión del contrato y en los casos de daños con fraude y deslealtad a terceros con la utilización de la persona jurídica. Siguiendo a Vítolo, el autor sostiene que la inoponibilidad no lleva a identificar a la sociedad con el socio, sino a proteger al tercero de buena fe, pero sin afectar en principio la normal actuación de la sociedad ni su futura actuación; simplemente, lo que se permite es que, respecto de la relación jurídica particular, no se pueda oponer esta personalidad diferenciada al tercero perjudicado.

En este orden de ideas, no se trata de negar la existencia de la persona jurídica, de destruir su personalidad, ni de limitar los derechos de la sociedad, solo se trata de preservar la finalidad que el ordenamiento jurídico tuvo en mira al establecer la ficción de la personalidad jurídica y preservar los derechos de la comunidad o de terceros.- Asimismo, se sostiene como criterio general una consolidada corriente, que sólo puede admitirse la prescindencia de la personalidad de manera excepcional, cuando estamos en presencia de un supuesto contrario a la ley, quedando configurado un abuso de la personalidad de tal magnitud que lleve al resultado de equiparar a la sociedad con el socio, siendo lícito atravesar o levantar el velo de la personalidad para captar la realidad que se oculta detrás de ella con la finalidad de corregir el fraude, o neutralizar la desviación.

En cambio Nissen atacando el criterio restrictivo general sostiene que los jueces están llamados a resolver en el caso particular y de acuerdo con las características particulares del mismo por lo cual: "Si el abuso de la personalidad jurídica es moneda corriente en nuestro medio ¿porqué sostener hasta el cansancio un criterio restrictivo para poner coto a esas maniobras, cuando ese fenómeno no constituye materia aislada del

⁷² Rolf Serick. Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. Pagina 87.

juzgamiento? Destacando que es el criterio restrictivo el que alienta la habitualidad de esas ilegítimas actuaciones. Es decir debe tener una amplitud suficiente como para contemplar situaciones donde la tutela del orden público societario, del interés general y de los terceros, exigen la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Favier Dubois (h), señala que “el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria, debe ser interpretado en un modo que importe un límite al poder económico en general⁷³ y, en particular, que coadyuve a que la actuación de los agentes financieros (bancos y financieras “off shore”) y de las empresas multinacionales (sociedades “extrajeras”) se sujete a pautas de seriedad y de responsabilidad”. Siguiendo a Santos Cifuentes , la inoponibilidad surge como sanción cuando la eficacia del acto no es total por cuanto ciertos terceros pueden desconocer el acto como si no existiera. Al respecto Otaegui formula la diferencia existente entre la nulidad y la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sostiene que en el caso de nulidad el acto es ineficaz erga omnes privándolo de todos los efectos, mientras que la inoponibilidad mantiene la validez del acto entre las partes y respecto de algunos terceros pero no con relación a otros terceros, que pueden oponerse a que el acto sea eficiente o productor de efectos a su respecto.

La inoponibilidad de la personalidad jurídica atiende a regular el abuso del fenómeno societario y no la responsabilidad por incumplimientos meramente societarios. Es así que San Millán destaca que incumplimiento no es lo mismo que un uso desviado de la personalidad. Otaegui al analizar la cuestión, puntualiza que, pretender que la sanción sea la inoponibilidad de la responsabilidad limitada que permite el tipo social y no la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad importa olvidar que la norma societaria hace responsables “a los socios y controlantes” pudiendo éstos no ser socios. Mientras, que Etcheverry cita que la inoponibilidad de la personalidad jurídica no implica desestimar la personalidad del ente sino alterar los efectos del tipo societario en cuanto límite la responsabilidad del socio que abusó del recurso técnico.

Casos de invocación de la inoponibilidad:

Procede en los siguientes casos:

⁷³ Favier Dubois. el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria. Pagina 125.

- Inoponibilidad invocada por 3eros., llamada desestimación activa directa por la cual el 3° busca imputar al socio o controlante la actuación de la sociedad.
- Inoponibilidad invocada por los socios, llamada desestimación pasiva, en la que los socios pretenden que los 3°s. No puedan ampararse de la existencia de la sociedad, pues ello constituye un ejercicio abusivo de derechos.
- Imputación de un acto u obligación del socio o controlante a la sociedad, llamada desestimación activa inversa, que se da en el caso de incumplimientos de obligaciones de no hacer imputadas al socio o controlante.
- Inoponibilidad invocada por la sociedad, para protección de capital social y no perjudicar al nuevo controlante ante la falta cometida por el controlante anterior, en el caso de que ese control cambie de manos.

Nuestro ordenamiento no regula la forma de la interposición de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, de lo que se desprende que se da un abanico de posibilidades al respecto, podría plantearse una acción meramente declarativa cuyo objeto sería la declaración de la desestimación de la personalidad, al sólo efecto de imputar determinados actos, o sea lograr una privación parcial de sus efectos, o bien a través de en un proceso autónomo o accesorio. Por otro lado se puede dar la posibilidad de plantear la inoponibilidad como una defensa de fondo (excepción perentoria) a ser resuelta en oportunidad de dictarse sentencia sobre el fondo de la cuestión.

Algunos de los autores anteriormente citados, establecen que si se plantea la acción de inoponibilidad de manera autónoma la competencia sería mercantil, mientras que si el planteo es conjunto con una acción principal, será competente el juez de la causa principal, si se trata de una cuestión laboral, se deberá plantear ante el juez laboral.

Legitimación:

En cuanto a la legitimación cabe distinguir la activa y pasiva. Para determinar la legitimación activa hay que distinguir la acción de inoponibilidad y la de responsabilidad, para este último caso están legitimados quienes se hayan perjudicado por la actuación de la sociedad, es decir debe haberse causado daño como presupuesto esencia de la responsabilidad, en cambio en la acción de inoponibilidad se persigue imputar y hacerse extensiva la actuación de una persona jurídica, para este caso el daño no es esencial aunque en la mayoría de los casos se da, por lo tanto la legitimación activa en este caso no se circunscribe al damnificado únicamente. En cuanto a la legitimación pasiva, la tienen la sociedad y los órganos de control sobre la misma, también están legitimados los socios en el caso de desestimación pasiva y la propia sociedad para proteger el capital social y no perjudicar al nuevo controlante cuando cambia en control en otras manos

Con el análisis del ordenamiento jurídico nacional y las distintas sentencias extranjeras se puede inferir que la inoponibilidad de la personalidad jurídica es una solución legal para los casos en que se haya cometido abuso de la personalidad jurídica, teniendo la acción una naturaleza especial y existiendo un criterio dominante de carácter restrictivo y excepcional y de forma subsidiaria, es decir cuando no haya más remedio y no puedan utilizarse otros mecanismos sustantivos y procesales.. Se puede afirmar que la inoponibilidad no tiene como efecto ni la nulidad ni la disolución de la sociedad, son la ineficacia parcial de contrato. Hay que reconocer también que siendo el abuso de la personalidad jurídica de práctica cotidiana, y no simples casos aislados, las sanciones impuestas a esa práctica pueden tener resultados positivos en el sistema jurídico y económico nacional.

4.4 Personalidad jurídica y su desestimación

Estados Unidos de Norteamérica, fue el país donde tuvo su mayor auge la doctrina del allanamiento de la personalidad bajo diversas denominaciones “disregard of legal entity” “lifting of the corporate veil” o “piercing of the veil”, que significaba dejar de lado la personalidad de las corporaciones, que era un beneficio dado por el Estado en uso de sus

atribuciones fundamentales y que llevaba a la conclusión de” que así como el Estado da la personalidad, así la quita”. Juan M. Dobson, realizó un estudio sobre la inserción sistemática de la doctrina de la desestimación de la personalidad, llegando a la conclusión que en ningún país la doctrina nació como una proyección de idea unitaria de jurista alguno., sino que los tribunales comenzaron a dar solución a problemas concretos, sin mayores preocupaciones dogmáticas, tanto en los Estados Unidos como en la Europa continental. El derecho estadounidense efectuó una sistematización a nivel de diversos institutos típicos de su sistema, en especial la agency, el fraude y el estoppel.

El derecho continental europeo sistematizó las decisiones principalmente a nivel del abuso del derecho, con algunas referencias a la teoría del fraude y de la responsabilidad por hechos ilícitos. Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, concluyo que: ”El régimen de la personalidad no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de los terceros”, la desestimación debe estar fundamentada en los principios de la simulación ilícita, y el abuso del derecho y el hecho de al estar viciada la causa final del negocio jurídico. Rolf Serif⁷⁴ “agrupa los supuestos de abuso de la persona jurídica en tres categorías: a) fraude a la ley, b) fraude o violación al contrato, c) daño fraudulento causado a terceros y en algunos supuestos entre una sociedad madre y una filial. Con su estudio arriba a la conclusión de que la estructura formal de la persona jurídica puede ser desestimada en dos casos: a) Cuando se utiliza abusivamente para fines ilícitos y b) para enlazar determinadas normas con la persona jurídica”.

El autor elabora una regla fundamental y cuatro proposiciones que posibilitan penetrar en el sustrato de la personalidad jurídica, que enuncia de la siguiente manera: Regla general: “Cuando por intermedio de una persona jurídica se posibilita la burla de una disposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros existe abuso de personalidad jurídica. Sólo en estos tres casos puede alegarse que ha sido violada la buena fe, ya que de lo contrario la invocación de la buena fe transforma todo el sistema de la personalidad jurídica. ”Como conclusión, arriba el autor diciendo que la

⁷⁴ Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica” obra traducida por José Puig Brutau y prólogo de Polo editado y publicado en Barcelona en 1958.

personalidad de las personas jurídicas tienen el carácter relativo y que la penetración de la personalidad jurídica tiene el carácter de excepcional, lo que demuestra el carácter instrumental de la persona jurídica, es decir ella es lo que el ordenamiento dice, es una figura ideal para la persecución de determinados fines jurídicos de lo que se infiere su elasticidad.

La doctrina europea al decir de Zeñati citado por Richard , utiliza la expresión inoponibilidad de la personalidad jurídica para hacer responsables a administradores o socios de los pasivos ante la insolvencia Mientras que Héctor Masnatta, Otaegui, entre otros sostienen que se puede utilizar la inoponibilidad para ingresar dentro de la relación societaria con motivo de conflictos no sólo externos, sino internos, cuando surge el uso abusivo del organicismo societario., en este caso se estaría en la inoponibilidad de la estructura o tipo societario, y no de la personalidad que surge con motivo de su organización.

Se ha establecido, de acuerdo a una doctrina dominante, como principio indiscutible el carácter excepcional del recurso de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, pues se sostiene que cuando el orden jurídico reconoce una institución y le atribuye determinadas consecuencia jurídicas, el daño que puede resultar de no respetar aquellas, puede ser mayor del que provenga del mal uso que de ella se haga. Sin embargo, siendo en la actualidad el abuso de la personalidad jurídica un problema habitual, ese criterio restrictivo propiciado constituye un caldo de cultivo para maniobras ilegítimas , lográndose la impunidad y hasta se podría decir que las alentaría en mayor medida obrar de esa manera, no obstante ello se hace aconsejable la aplicación prudente y mesurada, ya que el uso de este recurso no implica de forma alguna un ataque a las sociedades, sino un resguardo a los intereses de la comunidad toda, a través de imputar la responsabilidad por el acto impropio a los administradores, socios o controlantes.

La noción de Personalidad Jurídica es central para el análisis del tema, y ha traído aparejado en el ámbito del derecho un largo debate que aún hoy se mantiene. Raúl Echeverri, “destaca que la doctrina de la personalidad jurídica pretende crear un orden y ser justificación de una estructura concebida de manera abstracta, que tiene una

importante incidencia en la movilización de los grandes intereses, y no sólo de naturaleza económica⁷⁵". Afirma este autor que "la personalidad no es un mero nomen iuris, un símbolo incompleto de diversos significados, sino que es un mecanismo que tiende al tratamiento unitario de los actos de una organización patrimonial que se sustenta en un grupo de personas y tiene su propia finalidad"⁷⁶.

Juan Carlos Palmero, partiendo del concepto de persona como categoría jurídica, sostiene que "la persona se construye sobre la base de dos presupuestos: el normativo, que proviene de la teoría de la ficción, y el fáctico a través del anclaje real que se lo extrae de la teoría de la realidad"⁷⁷. Así las cosas, la persona es una especial categoría jurídica que adhiere a determinadas realidades y se basa en ellas pero sin contenerlas, importa atribuir capacidad jurídica al titular o sujeto de derecho con aptitud o posibilidad de ejercerlos, ya se trate de una persona física o de una persona colectiva.

Siguiendo a Francisco Junyent Bas, que la personalidad jurídica sería una síntesis de las funciones jurídicas imputadas por las normas, no a los hombres que la realizan, sino a un sujeto ideal construido, fingido, consistente en ese común ideal de imputación. Tullio Ascarelli, indica que la personalidad jurídica es una regula iuris, expresión que no tiene más que una función de clasificación de la realidad, aunque con meros fines normativos y cuyo contenido es exclusivamente normativo, indicando sólo una cierta disciplina jurídica, un cierto complejo de normas, no presupone una determinada realidad subjetiva, constituyendo una hipótesis técnica de una normativa que se refiere a relaciones entre hombres y actos de éstos, por lo que no puede hablarse de un dato preformativo. Es decir, es siempre resoluble en una normativa concerniente a los actos de los hombres (homini nati da ventredi donna). Von Ihering, sostenía que la persona jurídica es en el lenguaje jurídico algo análogo al "paréntesis" en el lenguaje algebraico.

Se distingue así, la posición normativista o formalista de Kelsen, Fargosi, Ascarelli, entre otros, que conforman la doctrina negativista o instrumentalistas, que sostienen que la persona es un nuevo orden jurídico parcial y mero centro de imputación de normas sin

⁷⁵ Raúl Echeverri. Derecho Societario. Pagina 83.

⁷⁶ Ibidem .

⁷⁷ Juan Carlos Palmero. Derecho Comercial

referencia a ningún dato prenormativo, siendo una realidad jurídica y no una ficción. Es una creación del pensamiento que se concreta en un recurso técnico del derecho que tiene su propia realidad, que corta toda relación con el derecho y la realidad material. Así, Horacio Fargosi destaca que la persona jurídica es un centro de imputación diferenciado de derechos y obligaciones, que no tiene correspondencia en el mundo de la realidad, es decir que es una entidad constatable sólo en la escena jurídica. En contraposición a la doctrina normativista, aparecen los sustancialistas, representados por Ferrara, Orgaz, Serick, y otros, sostienen que el dato normativo que le confiere personalidad al centro de imputación diferenciada, siempre está relacionado con un dato prenormativo (realidad fáctica previa) que el derecho no puede ignorar. Los sustancialistas encontraron la posibilidad de convertir una realidad socioeconómica en una realidad jurídica, dando lugar a una realidad técnica como es la persona jurídica.

Para Efraín H. Richard, la personalidad es un medio técnico que ofrece el legislador como método de simplificación de las relaciones jurídicas, generándose un nuevo centro de imputación de éstas, sean activas y pasivas, autogestante. La personalidad jurídica societaria permite como medio técnico, la actuación unitaria de un Colectivo para emprender actividades tendientes a la realización de un fin económico común. En síntesis, cuando se habla de persona jurídica, se está haciendo referencia a un ente distinto al de los socios con capacidad jurídica plena para adquirir compromisos frente a los terceros, determinando un centro de imputación diferenciado distinto del patrimonio de los socios.

Tullio Ascarelli desmitificando la concepción de la personalidad jurídica, sostiene que "la persona jurídica constituye en sustancia un instrumento que debemos dominar, y no ya una hipótesis por la cual debemos ser dominados." Dice el autor, que la prescindencia de un concepto hipostático de la persona jurídica se impone cuando tras ella pretenda esconderse una conducta ilegal. Es por ello, que la existencia de la personalidad jurídica societaria es utilizada como medio técnico mientras se mantenga dentro de los fines lícitos perseguidos y previstos por la ley. Pero es el caso que cuando ese medio técnico es utilizado abusivamente, apartándose de los fines lícitos, en perjuicio de terceros que se relacionan jurídicamente con la sociedad, sean tales relaciones

contractuales o de cualquier otra clase, la ley y el juez debe prescindir de tal personalidad, porque no puede admitirse fines ilícitos, de engaño o fraude. Le Pera, señala que de la situación planteada precedentemente, a través de la cual se hace uso abusivo de las formas societarias surge lo que se ha denominado desestimación de la personalidad, llamada también allanamiento o redhibición, que importa prescindir de personalidad y de la limitación de responsabilidad de los socios que son su consecuencia. “La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es utilizado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias”⁷⁸.

⁷⁸ Efraín Hugo Richard, Pagina 27.

CONCLUSIONES

- 1) Tanto la doctrina nacional como internacional, así como la legislación convergen en el sentido que la simulación si es una disociación de apariencia y realidad con el ánimo de obtener un lucro por parte de la sociedad anónima ya que su fin es eminentemente capitalista.
- 2) Se concluye que la figura de la simulación existe en el ámbito civil y mercantil, estas a su vez tienen repercusiones en el ámbito penal adquiriendo la forma de figuras delictivas, siempre y cuando sea una simulación relativa.
- 3) La simulación en una sociedad anónima se da constituyendo o transmitiendo derechos a personas interpuestas con el objeto de mantener ocultos a los verdaderos interesados.
- 4) La simulación en el ámbito procesal si produce una cuestión prejudicial en el ámbito penal.
- 5) La simulación absoluta produce efectos jurídicos pues establece que con ella se desea ocultar los bienes a sus acreedores para sustraerlos de sus pretensiones procesales o quien quiere esconderlos del fisco para evitar el pago de impuestos, existiendo vicio en el consentimiento.
- 6) La simulación constituye una violación a los principios filosóficos que inspiran el Derecho Mercantil como los son la verdead sabida y la buen fe guardada.
- 7) En Guatemala, dentro de los actos tipificados como delitos como consecuencia de la simulación de una sociedad anónima, se encuentran la estafa, la estafa mediante informaciones contables, defraudación tributaria y la quiebra fraudulenta.

RECOMENDACIONES

- 1) Que en el Registro Mercantil General de la República, se implanten sistemas de control, para evitar la mala utilización de las sociedades anónimas, como por ejemplo verificar en el respectivo órgano competente al momento de constituirse una sociedad anónima que efectivamente las personas que aparecen como fundadores existan, de igual manera hacerlo con los administradores y representantes legales.
- 2) Que el Estado a través del órgano competente lleve a cabo una completa y exhaustiva verificación de todas las sociedades anónimas inscritas actualmente con el objeto de determinar cuáles de estas son ficticias y son utilizadas como marco para defraudar al Estado.
- 3) Así también que el Registro Mercantil General de la República verifique si realmente hay socios accionistas o solo se trata de un solo socio o propietario del capital, que crea la sociedad para evitar sus responsabilidades individuales, de determinarse esto que se proceda a su disolución.
- 4) Que el Registro Mercantil General de la República en caso existan sociedades que no tienen movimiento por más de diez años que se proceda a su disolución.
- 5) Se considera oportuno que el Estado con el fin de evitar una interpretación analógica y que se produzca una confusión relacionada con una acción por parte de la sociedad anónima ya sea considerada de carácter civil o cuando esta es considerada de carácter penal, en otras palabras que se infiera en el ámbito penal una cuestión prejudicial, entendiéndose esta como un hecho que debe dilucidarse antes de iniciar una acción penal, por lo tanto es oportuno que se realice una interpretación extensiva y profunda hasta que punto la simulación

en el ámbito civil, tiene repercusiones en el ámbito penal tomando en consideración que tal y como lo establece el código civil que la simulación absoluta no produce efectos jurídicos.

ANEXO

Sentencia española: ejemplo de nulidad de la personalidad jurídica de una sociedad anónima

BOE núm. 192. Suplemento Viernes 11 agosto 2003

Tribunal constitucional

15249 Sala Segunda. Sentencia 182/2000, de 10 de julio. Recurso de amparo 2.612/1996. Promovido por doña María Ángeles Farinos Cordón respecto al Auto de la Audiencia Provincial de Valencia que, en pieza separada de un juicio de menor cuantía por nulidad de escrituras públicas seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Liria, acordó en grado de apelación la intervención judicial de la empresa «La Maquinista Valenciana, Sociedad Anónima». Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (incongruencia): resolución judicial que interviene cautelarmente una empresa, a resultas de una petición de intervenir las acciones de la sociedad.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado en nombre del rey la siguiente sentencia En el recurso de amparo núm. 2.612/96, promovido por doña María Angeles Farinos Cordón, representada por el Procurador de los Tribunales don Fernando Gala Escribano y asistida por el Letrado don Juan I. Sáez Ute-Almazán, contra el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia recaído en recurso de apelación núm.

579/95, contra el Auto del Juez de Primera Instancia núm. 4 de Liria, en pieza separada de medidas cautelares del juicio de menor cuantía 91/95. Han comparecido el Procurador de los Tribunales don Carlos Ibáñez de la Cadiniere, asistido por el Abogado don Luis Miguel Romero Villafranca, en nombre y representación de doña María del Carmen Viguer Ferrer, doña Ana Climent Viguer, doña Susana Climent Viguer, doña Carmen Climent Viguer, don Juan Ramón Climent Viguer y doña Marta Climent Viguer, y el Ministerio

fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el 26 de julio de 1996 don Fernando Gala Escribano, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de doña María Angeles Farinos Cordón, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones judiciales que se hace mérito en el encabezamiento. En ella se nos dice que el día 28 de marzo de 1995 se presentó una demanda de juicio declarativo de menor cuantía por parte de doña Carmen Ferrer Viguer y otras, solicitando la nulidad de tres escrituras públicas de compraventa de acciones al portador de la entidad mercantil «La Maquinista Valenciana, S.A.», resultando demandada la actual recurrente de amparo, doña María Angeles Farinos Cordón. En el primer otrosí de la demanda se expresaba lo siguiente: «de conformidad con lo previsto en los artículos 1.419 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interesamos la intervención y nombramiento de administrador judicial sobre las acciones de la mercantil ^aLa Maquinista Valenciana, S.A.^o, objeto de esta litis». Admitida a trámite la demanda por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Liria, éste dispuso la incoación de la oportuna pieza separada de medidas cautelares, convocando a las partes, quienes efectuaron sus alegaciones y propusieron diferentes pruebas documentales, que fueron admitidas y que se incluyeron en la referida pieza separada. El Juez acordó rechazar la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante mediante Auto de fecha 24 de mayo de 1995, contra el que interpuso la parte actora recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, incoándose con el núm. 579/95 y resolviéndose mediante Auto de 5 de junio de 1996. La parte dispositiva de esta resolución, en lo que aquí interesa, expresa literalmente lo siguiente:

«La Sección acuerda: Se estima en parte el recurso y se acuerdan las siguientes medidas: 1. La intervención judicial de la empresa ^aLa Maquinista Valencia, S.A.^o, procediéndose en ejecución de esta resolución al nombramiento de un interventor, para lo que se seguirán las normas procesales del nombramiento de peritos, que intervendrá la administración de la empresa, con las mismas facultades, derechos y obligaciones de los

interventores en la administración de empresas sujetas a expedientes de suspensión de pagos.»

2. La demanda de amparo alega dos motivos para combatir el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, ambos fundamentados en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. Según el primero la Audiencia habría incurrido en incongruencia por exceso, provocando indefensión. Este vicio procesal se habría producido porque la parte actora en el proceso inicial ante la jurisdicción ordinaria había solicitado únicamente la intervención

de las acciones objeto del litigio, en tanto que la resolución de la Audiencia acordó la intervención de la empresa «La Maquinista Valenciana, S.A.». Dado que ninguna de las partes pidió la medida cautelar adoptada por el Auto ahora impugnado, se habría infringido el art. 359 L.E.C., que proclama el principio de congruencia, y, por lo tanto, se habría provocado indefensión.

4 Viernes 11 agosto 2000 BOE núm. 192. Suplemento El segundo motivo alegado por la recurrente de amparo se deriva del anterior y también se fundamenta en el art. 24.1 C.E. Consiste este motivo en que el Auto de la Audiencia Provincial despliega sus efectos sobre

la compañía mercantil «La Maquinista Valenciana, S.A.», siendo así que esta entidad -con personalidad jurídica propia y diferente a la de sus accionistas- nunca ha sido parte en el pleito principal, no ha sido demandada. Por tal razón dicha mercantil no ha podido hacer uso de su derecho a la tutela judicial efectiva, en defensa de sus legítimos derechos e intereses.

Por todo ello terminó pidiendo la estimación del amparo, y en el lugar correspondiente de la demanda se interesó la suspensión de la ejecución de la resolución judicial impugnada.

3. La Sección Tercera, por providencia de 20 de febrero de 1997, acordó admitir a trámite la demanda y, en aplicación del art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia y al Juzgado de Primera Instancia núm. 4.

de Liria a fin de que, en el plazo de diez días, remitiesen certificación o fotocopia adwerada de las actuaciones correspondientes al juicio de menor cuantía núm. 9/95, así como la pieza separada de medidas cautelares en la que se dictó Auto de 24 de mayo de 1995, debiendo previamente emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que pudieran comparecer, en el plazo de diez días, en el presente proceso constitucional.

Por otra providencia de la misma fecha la Sección acordó formar la oportuna pieza para el incidente de suspensión, que, una vez tramitado, concluyó con Auto de la Sala Segunda de 5 de mayo de 1997 por el que se denegó la suspensión solicitada por el recurrente.

4. Por medio de escrito que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 17 de marzo de 1997 compareció el Procurador de los Tribunales don Carlos Ibáñez de la Cadiniere para solicitar su personación en este proceso de amparo en nombre y representación de doña María del Carmen Viguer Ferrer, doña Ana Climent Viguer, doña Susana Climent Viguer, doña Carmen Climent Viguer, don Juan Ramón Climent Viguer y doña Marta Climent Viguer. La Sección Cuarta, a la que correspondió el conocimiento del recurso, por providencia de 19 de mayo de 1997 tuvo por personada y parte a dicha representación procesal y, en la misma providencia acordó darle vista de las actuaciones, así como al fiscal y a la recurrente, por el plazo común de veinte días, para que, conforme señala el art. 52.1 LOTC, pudieran hacer llegar a este Tribunal las alegaciones que estimasen oportunas.

5. El Ministerio Fiscal presentó su alegato el 24 de junio de 1997 pidiendo que fuera otorgado el amparo solicitado por entender que la resolución judicial impugnada ha vulnerado el art. 24.1 C.E. A su juicio la Audiencia ha concedido una medida no pedida por los demandantes en su solicitud de medidas cautelares, por lo que incurre en el vicio de incongruencia por exceso. El Fiscal señala que la doctrina constitucional declara de manera reiterada, desde la STC 20/1982, que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del

derecho a la tutela judicial, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal. Ahora bien, la llamada incongruencia extra petitum, sólo tiene relevancia constitucional y lesiona el art. 24.1 C.E. en la medida en que, de un lado, no satisfaga la elemental exigencia de la tutela judicial consistente en obtener una Sentencia fundada sobre el fondo del asunto sometido al órgano jurisdiccional y, de otro, provoque indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991, 172/1994, 116/1995, 60/1996, y 98/1996, entre otras).

En este sentido el objeto de la medida que se pedíaera, recuerda el Fiscal, el «nombramiento de un administrador judicial sobre las acciones de la mercantil ^aLa Maquinista Valenciana^o objeto de esta Litis». La Audiencia sin embargo concede como medida cautelar algo tan distinto de lo pedido como es la intervención judicial, no de las acciones, sino de la empresa «La Maquinista Valenciana, S.A.», mediante el nombramiento de un interventor que intervendrá la administración de la empresa con las mismas facultades, derechos y obligaciones de los interventores en la administración de empresas sujetas a expedientes de suspensión de pagos. La incongruencia es clara, puesto que no es lo mismo la intervención judicial de una empresa -persona jurídica con su normativa social y su funcionamiento societario- que el nombramiento de un administrador de unas determinadas acciones de la Sociedad que constituyen el objeto de este litigio, teniendo la medida cautelar como única finalidad la de evitar que el uso inadecuado de la titularidad de las mismas puedan suponer un perjuicio para los demandantes y la empresa. No se ha pedido por los demandantes, ni el órgano judicial en este caso concreto puede concederlo, la sustitución del régimen legal de la sociedad, privando a ésta del desarrollo normal como tal sociedad de acuerdo con los estatutos y la normativa legal que las regula sin invocar ni acreditar la realidad y existencia de alguna de las causas que obligan y determinan legalmente a esta clase de intervención, teniendo en cuenta que se restringe el normal funcionamiento de la persona jurídica por sus órganos sociales y toda restricción de la capacidad de las personas, sin excluir a las jurídicas, tiene que ser aplicada con carácter restrictivo, sin que pueda aplicarse a otros supuestos distintos de los establecidos en la Ley.

6. El Procurador de los Tribunales don Carlos Ibáñez de la Cadiniere, en la representación que tiene acreditada de doña María del Carmen Viguer Ferrer y otros, presentó escrito de alegaciones el 19 de junio de 1997, contrario al otorgamiento del amparo. Señala que la demandante de amparo ha omitido ciertos extremos habidos en procedimiento judicial, cuyo desarrollo allí explica. Por lo demás, no existe la aludida incongruencia por exceso

a la que alude la demandante, porque el objeto del procedimiento principal en el que se adoptó la medida cautelar son las acciones de «La Maquinista Valenciana, S.A.», y acordar la intervención judicial de la misma fue lo solicitado por esta parte. No puede hablarse de incongruencia por exceso cuando ha quedado claro cuál ha sido el objeto de la litis y ha quedado garantizado el principio de contradicción, pues hay que tener presente

que todos los accionistas de «La Maquinista Valenciana, S.A.», han sido parte en el procedimiento y que la Presidenta de su Consejo de Administración es la demandante de amparo, siendo demandada en el procedimiento principal. Será necesario tener presente que la indefensión que posee relevancia constitucional en los casos de incongruencia de una sentencia es aquélla que se produce cuando la situación creada por la sentencia que se denuncia como incongruente es inmovible, y en el supuesto que nos ocupa se solicita el amparo a partir de un Auto acordando medidas cautelares que, per se, tienen carácter temporal hasta que se resuelva el proceso principal. Hay que tener también presente que la medida cautelar puede ser enervada, tal y como previenen los arts. 1.419 a 1.428 L.E.C., BOE núm. 192. Suplemento Viernes 11 agosto 2000 5 no siendo, por consiguiente, susceptible de amparo la incongruencia que se alega. Por último, para esta representación no ha existido indefensión material alguna en el procedimiento judicial.

7. La representación procesal de la recurrente presentó sus alegaciones el 19 de junio de 1997, ratificándose sustancialmente en lo dicho en los anteriores escritos presentados ante este Tribunal.

8. Por providencia de 6 de julio de 2000, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el siguiente día 10 del mismo mes y año. II. Fundamentos jurídicos 1. El presente recurso se interpone contra un Auto de la Audiencia Provincial de Valencia

dictado en apelación contra otro anterior del Juez de Primera Instancia de Liria que denegó la adopción de medidas cautelares en un procedimiento de juicio de menor cuantía sobre nulidad de determinadas escrituras públicas de compraventa de acciones de la compañía «La Maquinista Valenciana, S.A.», por la recurrente, demandada en el pleito.

En la demanda de amparo se utiliza un doble fundamento, del cual sólo merece atención la sedicente tacha de incongruencia achacable a la decisión judicial que menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva de la actora, por lo que solicita que, otorgando el amparo que se interesa, sea dictada Sentencia anulando el Auto recurrido y retro trayendo las actuaciones procesales al momento inmediatamente anterior a su pronunciamiento.

La representación causídica que ha comparecido en el presente recurso de amparo en nombre de las demandantes en el juicio de menor cuantía considera que no existe vulneración de derecho fundamental alguno. Por su parte el Ministerio Fiscal estima que se ha producido la infracción del art. 24.1 C.E., al haber acordado la Audiencia la intervención judicial de la empresa «La Maquinista Valenciana, S.A.», cuando la medida cautelar que se pidió fue, en efecto, el nombramiento de un administrador judicial sobre las acciones de dicha mercantil, incurriendo así en el vicio de incongruencia por exceso que ha determinado una discordancia entre lo efectivamente solicitado por las partes y lo que ha sido acordado por la Sala. 2. Delimitado así el objeto del proceso, es preciso comenzar examinando si concurre la incongruencia extra petitum y para resolver tal queja debemos partir de los términos en que la litis fue planteada por las partes en el juicio de menor cuantía ante el Juez de Primera Instancia.

Doña María del Carmen Viguer Ferrer, doña Ana, doña Susana, doña Carmen, don Juan Ramón y doña Marta Climent Viguer, dirigieron su demanda contra quien hoy demanda amparo, doña María Angeles Farinos Cordón, pretendiendo que fuera declarada la nulidad de tres escrituras de compraventa de acciones de la compañía «La Maquinista Valenciana, S.A.», de las que ella es titular, en cuyo escrito, y por «otrosí», los actores pidieron al Juez que, entre otras, adoptara, como medida cautelar «la intervención y el

nombramiento de administrador judicial sobre las acciones de la mercantil ^aLa Maquinista Valenciana^o objeto de esta litis, acordando la formación de la oportuna pieza separada, citando a las partes para comparecencia y dictando resolución, en su día, por la que se acuerde la intervención».

Según se desprende del estudio de las actuaciones, y tal como quedó planteada la litis en la primera instancia, el debate procesal entero giró en torno a si procedía la intervención y nombramiento de un administrador sobre esas acciones, como medida cautelar a adoptar con fundamento en lo dispuesto en el art. 1.419 L.E.C. El Juez rechazó la adopción de la medida cautelar en Auto que apelaron los actores por perjudicial para sus intereses, solicitando de la Audiencia Provincial que decidiera sobre las medidas cautelares solicitadas en el inicial escrito de la demanda entre las que figuraba, como se ha dicho, la intervención y administración de los títulos-valor propiedad de quien nos pide amparo. La entonces demandada se opuso a esa pretensión impugnándola y en consecuencia suplicó la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución de la primera instancia donde se rechazaba la adopción de la medida cautelar controvertida.

3. La incongruencia por exceso o extra petitum es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso. En tal aspecto constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al juzgador, en el proceso civil, donde ahora nos movemos, pronunciarse sobre aquellas peticiones que no fueron esgrimidas por las partes, a quienes se atribuye legalmente la calidad de verdaderos domini litisy conformar el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Éste deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado a tales efectos por los sujetos del mismo (partes), por la súplica (petitum) y por los hechos o la realidad histórica que actúa como razón o causa de pedir (causa petendi). Ello no comporta que el Juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo.

Por un lado, el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no hubieren invocado; y, por otro lado, el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente formuladas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de

ellas que, aun cuando no fuera formal o expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

Más concretamente, desde la perspectiva constitucional este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), «suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes» (STC 20/1982, de 5 de mayo), de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC 20/1982, de 5 de mayo, 86/1986, 6 Viernes 11 agosto 2000 BOE núm. 192. Suplemento de 25 de junio, 29/1987, de 6 de marzo, 142/1987, de 23 de julio, 156/1988, de 22 de julio, 369/1993, de 13 de diciembre, 172/1994, de 7 de junio, 311/1994, de 21 de noviembre, 91/1995, de 19 de junio, 189/1995, de 18 de diciembre, 191/1995, de 18 de diciembre, 60/1996, de 4 de abril, entre otras muchas).

4. La incidencia en el caso de la doctrina expuesta conduce derechamente a la conclusión de que el Auto impugnado vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva como

consecuencia de haber incurrido en vicio de incongruencia por exceso. Conviene tener en cuenta al respecto que la medida cautelar solicitada por los demandantes ante la jurisdicción civil no implicó otra cosa que la interpretación analógica del art. 1.419 L.E.C., no una aplicación directa de su art. 1.428, precepto este último que hubiera podido ofrecer una vía legal apropiada pero que no fue invocado por aquéllos. En tal sentido, cuando la Audiencia decidió la intervención de la empresa sin reducirla a las acciones, como se le había solicitado, no sólo estaba extralimitando el objeto del debate procesal, tal y como le había sido delimitado por las partes sino que, dicho en otras palabras, estaba provocando una nueva consecuencia jurídica no prevista en la norma, según exige un correcto método analógico y, en definitiva, una infracción de la legalidad ordinaria que a su vez trasciende su ámbito propio para adquirir categoría constitucional por vulnerar el derecho fundamental a obtener una resolución judicial fundada en Derecho. En definitiva resulta procedente anular el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia cuyo es el origen de la vulneración constitucional apreciada en esta nuestra Sentencia.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, Por la autoridad que le confiere la constitución de la nación española, Ha decidido Otorgar el amparo solicitado por doña María Ángeles Farinos Cordón y, en consecuencia:

- 1.o Reconocer que se le ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
- 2.o Restablecerle en ese su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, de 5 de junio de 1996, recaído en el recurso de apelación núm. 579/95, en pieza separada de medidas cautelares núm. 91/95 procedente del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Liria.
- 3.o Retrotraer las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a su pronunciamiento para que la Audiencia resuelva de conformidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado». Dada en Madrid, a diez de julio de dos mil.ĐCarles Viver Pi-Sunyer.ĐRafael de Mendizábal Allende.ĐJulio Diego González Campos.ĐTomás S. Vives Antón.ĐVicente Conde Martín de Hijas.ĐGuillermo Jiménez Sánchez. ĐFirmado y rubricado. 15250 Sala Segunda. Sentencia STC 183/2000, de 10 de julio. Recurso de amparo 2.671/1996. Promovido por doña Dolores Navarro Ruiz y otros frente a las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid que desestimaron su demanda contra «Avon Cosmetics, Sociedad Anónima», en reclamación de cantidad. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo: el cálculo de indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo, sobre la base de un salario declarado judicialmente discriminatorio por razón de sexo, es igualmente inconstitucional. Voto particular.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados ha pronunciado:

En nombre del rey

la siguiente

sentencia

En el recurso de amparo núm. 2.671/96, interpuesto por doña Dolores Navarro Ruiz, doña Asunción Ordóñez González, doña María del Carmen Villar García, doña María del Carmen Parron Liñán, doña Francisca López Baena y doña Dolores Saldaña Lázaro, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña María José Millán Valero y con la asistencia letrada de don Luis Suárez Machota, contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 1996 y Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 10 de junio de 1994. Han intervenido, además del Ministerio Fiscal, «Avon Cosmetics, S.A.», representada por el Procurador de los Tribunales don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz y asistida por el Abogado don José A.

Sanfulgencio. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de guardia el 28 de junio de 1996 y registrado en el Tribunal el 1 de julio de 1996 doña Dolores Navarro Ruiz, doña Asunción Ordóñez González, doña María del Carmen Villar García, doña María del Carmen Parron Liñán, doña Francisca López Baena y doña Dolores Saldaña Lázaro, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña María José Millán Valero, interponen recurso de amparo contra las Sentencias de las que se ha hecho mérito en el encabezamiento.

2. Constituyen la base fáctica de su demanda los siguientes antecedentes de hecho:

a) Las actrices trabajaban en la sección de almacén de productos terminados de la empresa «Avon Cosmetics, S.A.» La empresa abonaba un complemento salarial denominado «complemento personal Avon», que era superior para los hombres que para las mujeres que trabajaban en la citada empresa. Así, las mujeres estaban encuadradas en las categorías de oficiales de primera y de segunda, realizando funciones de despachadoras y empaquetadoras, estando los hombres encuadrados en la categoría de ayudantes especialistas. La cuantía de dicho complemento ascendía a 61.000 pesetas, para, los oficiales de primera; 59.000 pesetas, para los oficiales de segunda. A los ayudantes especialistas (hombres) se les pagaba un complemento personal Avón que excedía de las 70.000 pesetas.

b) El comité de empresa de «Avon Cosmetics, S.A.», promovió procedimiento de conflicto colectivo contra la empresa por discriminación salarial por razón de sexo de las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados. La Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, estimó la demanda, declarando que el llamado complemento personal Avon percibido por las trabajadoras de la citada sección era discriminatorio por razón de sexo, pues realizaban

un trabajo de igual valor que el de los trabajadores masculinos de la sección y, sin embargo, el complemento de las trabajadoras tenía una cuantía inferior. La Sentencia de la Magistratura de Trabajo fue impugnada en suplicación por la empresa, siendo estimado el recurso por la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 19 de abril de 1989, al apreciar que se trataba de un conflicto de intereses y no jurídico, por lo que su conocimiento le estaba legalmente vedado. Frente a esta Sentencia del Tribunal Central de Trabajo el comité de empresa interpuso recurso de amparo (recurso núm. 1.071/89).

c) Estando pendiente de resolución el citado recurso de amparo núm. 1.071/89, se alcanzó el Acuerdo de 23 de julio de 1992, entre la dirección de «Avon Cosmetics, S.A.», el comité de empresa y los delegados sindicales, en expediente de regulación de empleo, pactándose la extinción de los contratos de trabajo de ciento treinta y un trabajadores, entre los que se encontraban las demandantes de amparo. En este acuerdo se estableció una indemnización de cincuenta y tres días de salario por año de servicio, más 500.000 pesetas brutas. El Acuerdo fue homologado por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid el 27 de julio de 1992, produciéndose la extinción de los contratos con efectos del día 31 de julio de 1992. En su cláusula 9.a el Acuerdo establecía que, en el supuesto de que alguno de los trabajadores afectados por la presente extinción de contratos tuviera el día de causar baja en la compañía, y con independencia de la firma de su correspondiente recibo de saldo y finiquito, algún litigio o reclamación judicial pendiente de Sentencia firme con «Avon Cosmetics, S.A.», y ésta resultase favorable a sus pretensiones, la empresa habría de abonar el importe de tal Sentencia en el momento de producirse ésta. El acuerdo entre la dirección, el comité de empresa y los delegados sindicales de «Avon Cosmetics, S.A.», de 23 de julio de 1992 no fue impugnado, como tampoco lo fue la homologación administrativa del Acuerdo. El posterior día 31 las demandantes de amparo firmaron recibo de saldo y finiquito.

d) Con fecha de 13 de octubre de 1992 se dictó Sentencia por el Tribunal Constitucional, en el referido recurso núm. 1.071/89, otorgando el amparo. Esta Sentencia declaró que el Tribunal Central de Trabajo había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 C.E., por lo que declaró la nulidad de la Sentencia y ordenó retrotraer las actuaciones del recurso de suplicación al momento inmediatamente anterior

al de dictarse Sentencia, a fin de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como sucesora del extinto Tribunal Central de Trabajo, dictara nueva Sentencia resolviendo el citado recurso de suplicación. Así lo hizo finalmente la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, que desestimó el recurso de suplicación y confirmó la Sentencia de Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, que había declarado que el llamado complemento personal Avon percibido por las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados, en la que prestaban servicio las actoras, era discriminatorio por razón de sexo.

e) Con fecha de 11 de junio de 1993, se firmó con la empresa acuerdo para poner al día el salario en situación no discriminatoria para las mujeres, estableciéndose el abono a éstas del importe de las diferencias salariales correspondientes al período de marzo de 1988 a diciembre de 1992, que se cifraron en 10.500 pesetas mensuales, para las oficiales de primera, y en 9.500 pesetas mensuales, para las oficiales de segunda.

f) Con fecha de 7 de diciembre de 1993, las demandantes de amparo interpusieron demanda en reclamación de cantidad contra «Avon Cosmetics, S.A.» alegaban que las indemnizaciones recibidas como consecuencia del Acuerdo de 23 de julio de 1992, alcanzado en el seno de un expediente de regulación de empleo, eran discriminatorias por razón de sexo, al tomarse como módulo el salario bruto de 1992 de las trabajadoras que había sido declarado discriminatorio por Sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992. Las actoras aducían también que, para actualizar en 1993 el salario en situación no discriminatoria para la mujer y poner fin al complejo cálculo de diferencias salariales y a los pleitos pendientes ante los Juzgados de lo Social núms. 16 y 27, se firmó el Acuerdo con la empresa de 11 de junio de 1993, en el cual se estableció la diferencia salarial, desde marzo de 1988 a diciembre de 1992, de 10.500 pesetas mensuales, para las oficiales de primera, y de 9.500 pesetas mensuales para las oficiales de segunda. Con fundamento en lo anterior las demandantes reclamaban determinadas cantidades, que oscilaban entre 373.491 pesetas y 527.959 pesetas en concepto de diferencia entre lo pagado y la cantidad que resultaría si se hubiera tomado como módulo el salario al que tendrían derecho como consecuencia de la

Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid de 2 de septiembre de 1988. Además reclamaban la cantidad de 383.985 pesetas, importe del 10 por 100 de interés por mora en el pago de los salarios.

La demanda fue desestimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, de 10 de junio de 1994. Razonó el Juez de lo Social que la cuestión a debatir «es de valoración jurídica, es decir, fijados unos salarios en expediente de regulación de empleo firme, si la posterior revisión de los mismos afecta a la indemnización pactada en tal expediente». La Sentencia fundamenta su fallo desestimatorio en «entender que existe un finiquito con valor liberatorio de cualquier reclamación futura, salvo aquélla que estuviera pendiente de litigio, es decir salvo las diferencias salariales que pudiera haber como consecuencia de la resolución del conflicto colectivo entonces pendiente de sentencia firme. Al provenir este procedimiento de una demanda presentada con posterioridad al finiquito y ser éste liberatorio no cabe estimar la pretensión de la parte actora».

g) Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior Sentencia, fue desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 1996. Para la Sala la infracción denunciada de los arts. 14 C.E. y 17 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores no puede prosperar, porque, independientemente de que el salario de las actoras fuera conceptuado de discriminatorio, «no es éste en sí mismo objeto de la litis, sino que la pretensión tiene como finalidad el variar en más y por vía indirecta el quantum convenido como resarcitorio por la extinción contractual habida como consecuencia de una resolución administrativa que homologó los acuerdos suscritos», pactos que han de analizarse en su globalidad, y si en tales términos aceptaron el acuerdo alcanzado las afectadas, no manifestando 8 Viernes 11 agosto 2000 BOE núm. 192. Suplemento oposición alguna y suscribiendo los pertinentes recibos de saldo y finiquito sin dejar fuera del pacto concluido la cuestión que ahora impugnan, no resultaría admisible su actual pretensión. La Sala afirma, en resumen, que la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la Sentencia «resulta de ser inalterable hoy la indemnización pactada como consecuencia de la extinción de los contratos autorizada, al no haberse impugnado aquélla, y que no puede verse afectada por la calificación judicial

respecto al salario abonado al tratarse de conceptos distintos, y dado que tienen pleno valor liberatorio los recibos de saldo y finiquito suscritos libre y voluntariamente y a sabiendas de su amplitud como de la existencia del procedimiento de conflicto colectivo, y dada la renunciabilidad de los derechos».

3. Se interpone recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 1996 y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 10 de junio de 1994, interesando su nulidad por vulnerar el art. 14 C.E. y solicitando que se declare el derecho de las trabajadoras recurrentes al cobro de las indemnizaciones pedidas en el suplico de sus demandas de instancia. La demanda de amparo afirma querer demostrar, de un lado, que el Acuerdo de 23 de julio de 1992, en lo que a la indemnización pactada se refiere, es discriminatorio por razón de sexo, como consecuencia de lo cual resulta parcialmente nulo; y, de otro, que la firma del recibo de saldo y finiquito no puede ser obstáculo que impida otorgar lo reclamado por las demandantes de amparo. Las demandantes entienden que si su salario en 1992, a la firma del Acuerdo de extinción de sus contratos de trabajo, era discriminatorio, resulta igualmente discriminatoria la indemnización calculada sobre él. Así, el Acuerdo de 23 de julio de 1992, por el que se ponía fin al expediente de regulación de empleo, era nulo en cuanto al cálculo de la indemnización de las mujeres, al resultar discriminatorio el módulo salarial empleado. Las Sentencias impugnadas no se pronunciaron sobre el carácter discriminatorio de la indemnización, al desestimar la demanda y el posterior recurso en base al valor liberatorio del documento de finiquito. Para las demandantes este documento estaría afectado de nulidad parcial, dado que mediante él se renunciaba a un derecho fundamental, como es el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Es decir, el finiquito, por amparar una indemnización discriminatoria, contenía una causa nula, una causa torpe, que anulaba su valor liberatorio, sin que cupiera aplicar al caso la doctrina de los actos propios, puesto que el Acuerdo de 23 de julio de 1992, adoptado en el seno del expediente de regulación de empleo, no podía sanar la situación discriminatoria anterior de las trabajadoras que había sido reconocida judicialmente. Por lo demás las actoras consideran aplicable, frente a los argumentos de la Sentencia de suplicación impugnada, la prohibición de transigir o renunciar a los derechos reconocidos

por Sentencia que establece el actual art. 245 de la Ley de Procedimiento Laboral, y que no es sino un reforzamiento de la irrenunciabilidad por parte de los trabajadores de los derechos reconocidos por disposiciones legales de Derecho necesario (art. 3.5 L.E.T.).

4. Mediante providencia de 6 de febrero de 1997 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, conforme determina el art. 50.5 LOTC, conceder al recurrente un plazo de diez días para que acreditase fehacientemente la fecha en que fue notificada a su representación procesal la resolución que puso fin a la vía judicial, así como el desglose del poder aportado dejando en autos copia autorizada.

5. Mediante providencia de 15 de abril de 1997 la Sección acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir al Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid y a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para que, en el plazo de diez días, remitieran testimonio de los autos núm. 1028/93 y del recurso de suplicación núm. 6.037/94, así como para la práctica de los emplazamientos pertinentes. En el escrito registrado el 2 de junio de 1997 don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, Procurador de los Tribunales, se personó en las actuaciones en nombre de «Avon Cosmetics, S.A.». Por providencia de 12 de junio de 1997 la Sección acordó tenerle por personado y, asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que presentaran las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. Por escrito registrado en el Tribunal el 11 de julio de 1997 la representación de las actoras formuló alegaciones ratificando el contenido de la demanda de amparo.

7. La representación de «Avon Cosmetics, S.A.», por escrito registrado el 11 de julio de 1997, formuló alegaciones interesando la desestimación de la demanda de amparo. Argumentó, como cuestión procesal previa, que la demanda incumple la exigencia establecida en el art. 44.1 a) LOTC de agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. Tras dictarse la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia las recurrentes formalizaron directamente la demanda de amparo, sin interponer

previamente, como deberían haber hecho, a su entender, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recurso cuya formalización considera razonablemente exigible, pues las recurrentes citan precisamente en apoyo de sus tesis la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992, que confirmaría el carácter discriminatorio del denominado «complemento Avon» para el colectivo de trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados. Además también citan las recurrentes otras Sentencias que pudieron servir de base para formular el recurso de casación, como la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de marzo de 1992 y las del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1982 y de 8 de julio de 1986.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada la representación de «Avon Cosmetics, S.A.», alegó, en primer lugar, que, frente a la versión de que estamos en presencia de un derecho necesario e indisponible, se olvida que la empresa respetó el mínimo legal de 20 días de salario (art. 51 L.E.T.), fijando una indemnización de 53 días de salario y, además, la cantidad de 500.000 pesetas brutas. Es evidente que con el sistema indemnizatorio acordado las actoras han recibido una indemnización mayor que la que les hubiese correspondido en una hipotética actualización de su «complemento personal Avon» en razón de 20 días de salario por año de servicio. Con independencia de los derechos constitucionales que puedan tener las trabajadoras no es menos cierto, proseguía el escrito, que éstos han de ejercitarse en tiempo y forma legales, pues lo contrario implicaría que suscritos los finiquitos el 31 de julio de 1992, y firmado un posterior acuerdo laboral el 11 de junio de 1993, las actoras pudieran en cualquier momento, en contra de elementales 9 principios de seguridad jurídica, plantear reclamaciones de cantidad por diferencias en las indemnizaciones pactadas. En segundo lugar adujo que la doctrina jurisprudencial afirma que la irrenunciabilidad de los derechos por parte del trabajador, que pretende la protección de éste mientras esté vinculado a la empresa, no se refiere a las renunciaciones que se produzcan una vez extinguido el contrato. Con independencia del posible derecho de las recurrentes a las diferencias salariales motivadas por la declaración discriminatoria del complemento personal, lo cierto es que no combatieron la resolución administrativa, ni hicieron salvedad alguna al documento de saldo y finiquito, por lo que no cabe posteriormente, y en un procedimiento sobre

reclamación de cantidad ante la jurisdicción social, demandar el abono de unas diferencias que pudieron y debieron ser solicitadas en su momento ante la autoridad judicial. Las actoras formulan una pretensión que intenta desconocer una resolución administrativa firme, atacándola extemporáneamente por la vía de la jurisdicción laboral cuando lo procedente habría sido recurrir aquella resolución administrativa. La empleadora insiste en que no resulta admisible la pretensión de las actoras, como declarara la Sentencia recurrida, cuyos argumentos declara compartir.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, en escrito de 14 de julio de 1997, solicitó el otorgamiento del amparo, al estimar que la Sentencia impugnada había vulnerado el art. 14 C.E. La cuestión que se suscita, afirma el Ministerio Público, se concreta en determinar si la indemnización pactada en el acuerdo entre la empresa y el comité de empresa del 27 de julio de 1992, que determinó la extinción de los contratos por expediente de regulación de empleo, debe considerarse discriminatoria porque para obtenerla se tomó como módulo

el salario bruto de 1992, declarado posteriormente discriminatorio por razón de sexo en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 15 de diciembre de 1992, la cual confirmó otra de instancia de 2 de septiembre de 1988, o, por el contrario, al haber aceptado las trabajadoras la indemnización sin impugnarla no pueden ahora invocar una discriminación que en su día no hicieron valer. Atendiendo a los hechos probados, indica el Fiscal, ha de admitirse que para formar la indemnización se ha tenido en cuenta un módulo que, al menos en parte, se había estimado discriminatorio por razón de sexo ya en 1988, aunque la confirmación de este carácter no llegara hasta el 15 de diciembre de 1992, y por tanto después de alcanzarse el Acuerdo (el 27 de julio de 1992) y de extinguirse los contratos en virtud de expediente de regulación de empleo (el 31 de julio de 1992). Si bien es cierto, prosigue el Ministerio Público, que, como afirmara la Sentencia de suplicación impugnada, existe una diferencia entre la indemnización por extinción del contrato y los salarios en sí mismos considerados, ello no significa que «si se toma como módulo para formar la indemnización un salario declarado discriminatorio no resulte aquella indemnización igualmente afectada de ese reproche constitucional». Destaca el Fiscal que es verdad que las actoras conocían en el momento del citado Acuerdo el conflicto existente en cuanto al referido «complemento personal Avon», e incluso el pronunciamiento judicial de

1988 sobre su carácter discriminatorio, pero que la cláusula 9 del Acuerdo dejó abierta la puerta a posibles modificaciones posteriores, y que, además, «la situación judicial que existía el 27 de julio de 1992 no permite colegir siquiera una voluntad decidida en las trabajadoras de renunciar a su derecho a la igualdad de trato en lo que se refiere al citado complemento

o a las repercusiones que éste hubiera de tener al servir para la formación de la indemnización pactada». Si a esto se une que el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento que ha de serle aplicado (STC 317/1994, FJ 2), concluye el Ministerio Público que, aun entendiendo globalmente el Acuerdo indemnizatorio, «éste deberá adecuarse a las condiciones sobrevenidas que, al mejorar la situación de las mujeres en relación a los hombres en 1993, evita la discriminación que existía».

9. Por providencia de fecha 26 de junio de 2000, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el mismo día, habiendo finalizado la deliberación en el día de la fecha. II. Fundamentos jurídicos 1. El presente recurso de amparo tiene por objeto determinar si, como alegan las actoras, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 1996 y la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de 10 de junio de 1994 han vulnerado el art. 14 C.E. Se argumenta en la demanda de amparo que las indemnizaciones acordadas en favor de las ahora recurrentes en el Acuerdo de 23 de julio de 1992 son discriminatorias por razón de sexo, pues si el salario percibido por las demandantes en 1992 era discriminatorio por razón de sexo, según ha sido declarado judicialmente por sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, igualmente lo será una indemnización calculada sobre dicho salario discriminatorio. El Ministerio Fiscal también estima que las Sentencias impugnadas habrían vulnerado el art. 14 C.E., por lo cual sostiene que el Acuerdo indemnizatorio deberá adecuarse a las condiciones sobrevenidas, que, al mejorar la situación de las mujeres en relación a los hombres evitan la discriminación que anteriormente existía. La empresa «Avon Cosmetics, S.A.», entiende, por el contrario, que no concurre la alegada lesión del art. 14 C.E., pues con el sistema indemnizatorio acordado, que mejora el legalmente establecido, las actoras han recibido una indemnización mayor de la que les hubiese correspondido aplicando la fórmula legal

sobre una base salarial actualizada. Consideración a la cual añade que, con independencia de los derechos constitucionales que puedan tener las trabajadoras, no es menos cierto que éstos han de ejercitarse en el tiempo y en la forma legalmente establecidos al efecto. 2. Antes de cualquier análisis sobre la pretensión deducida por las actoras procede, en primer término, examinar la causa de inadmisión del recurso de amparo alegada por la representación legal de «Avon Cosmetics, S.A.», consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC] como consecuencia de la no formalización del oportuno recurso de casación para la unificación de doctrina, previsto en los arts. 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral (L.P.L., en adelante), toda vez que en el presente recurso de amparo las recurrentes en apoyo de su tesis citan precisamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992, que confirmaría el carácter discriminatorio del denominado «complemento Avon» para el colectivo de trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados, y también hacen referencia a otras Sentencias que pudieron servir de base para formular el recurso de casación, como la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de marzo de 1992, y las del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1982 y de 8 de julio de 1986. Tal motivo de inadmisión debe ser rechazado a la vista de las circunstancias concurrentes. Reiteradamente 10 Viernes 11 agosto 2000 BOE núm. 192. Suplemento hemos dicho que la subsidiariedad del amparo tan sólo impone la previa formalización del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando no quepa duda respecto de la procedencia y posibilidad real y efectiva de interponerlo, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo (SSTC 337/1993, de 15 de noviembre; 347/1993, de 22 de noviembre; 354/1993, de 29 de noviembre; 377/1993, de 20 de diciembre; 132/1994, de 9 de mayo; 140/1994, de 9 de mayo; 93/1997, de 8 de mayo; 183/1998, de 17 de diciembre; 5/1999, de 8 de febrero y 173/1999, de 27 de septiembre). Además no basta con alegar la abstracta procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina, sino que corresponde a la parte que pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad de la demanda el acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía, debiéndose abstener de efectuar vagas invocaciones sobre la procedencia del recurso, pues es claro que la diligencia de la parte para la tutela de su derecho ante los Tribunales ordinarios no alcanza a exigirle, a priori, la interposición de recursos de dudosa

viabilidad (STC 120/1994, de 25 de abril). En principio, conforme a la anterior doctrina constitucional, debe ser rechazada la alegación de «Avon Cosmetics, S.A.», relativa a la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la Sentencia impugnada en amparo, al poder haber sido invocada como sentencia de contraste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, que resulta contradictoria con sus propias alegaciones de fondo, en las que la citada empresa argumenta reiteradamente que esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992 y las recurridas en amparo examinan y resuelven supuestos diferentes. Por lo que se refiere a la alegación de «Avon Cosmetics, S.A.», relativa a la procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la Sentencia

impugnada en amparo, al poder haber sido invocadas como sentencias de contraste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de marzo de 1992 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1982 y de 8 de julio de 1986, la misma también debe ser rechazada. De partida, la citada empresa no acredita la procedencia y posibilidad real y efectiva de la interposición del recurso de casación para la unificación doctrinal frente a la Sentencia impugnada, fundada en la contradicción doctrinal con las citadas sentencias, dada la sustancial identidad en cuanto a hechos, fundamentos y pretensiones. De otra parte, nada en la demanda de amparo lleva a pensar que las referidas Sentencias sean contradictorias con la Sentencia impugnada, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos, tal y como exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. En definitiva, ni de las alegaciones de la empresa sobre la concurrencia del óbice procesal ahora analizado, ni del contenido de la demanda de amparo puede en absoluto alcanzarse la conclusión de que, en el supuesto aquí considerado, no quepa duda alguna respecto de la adecuación de dicho recurso para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo, exigencia que la doctrina constitucional antes citada establece a los efectos de imponer la formalización previa al recurso de amparo del recurso de casación para la unificación de doctrina. 3. Solventada la anterior cuestión corresponde ya abordar el fondo de la planteada sobre la vulneración del art. 14 C.E. por las Sentencias impugnadas al haber confirmado la interpretación y

aplicación del Acuerdo realizada por la empresa, en virtud de la cual las recurrentes habrían recibido una indemnización por la extinción de sus contratos de trabajo que entienden es discriminatoria por razón de sexo, pues fue calculada sobre la base de un salario (el percibido por las actoras en 1992) cuyo carácter discriminatorio por razón de sexo había sido declarado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992, confirmatoria de la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid de 2 de septiembre de 1988. Antes de nada debemos precisar la proximidad y las diferencias que presenta la cuestión ahora afrontada con la planteada en el recurso de amparo núm. 3121/96 por trabajadoras de la empresa «Avon Cosmetics, S.A.», que prestaban servicios en la sección de envasado, cuya demanda de amparo fue desestimada por la STC 183/1998, de 17 de septiembre, precisamente porque, fundamentando también su demanda de amparo en el carácter discriminatorio por razón de sexo de su salario según las meritadas Sentencias laborales, este dato no se correspondía con la realidad, ya que dichas Sentencias habían declarado discriminatorio únicamente el salario percibido por las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados. Ahora bien, ha de recordarse que en aquella ocasión la Sala Primera afirmó que: «no es descartable que el salario $\text{\textcircled{D}}$ concretamente el complemento personal Avon $\text{\textcircled{D}}$ percibido por las demandantes de amparo fuera discriminatorio por motivo de sexo. Y, si así fuera, en principio habría que darles la razón cuando alegan que una indemnización calculada sobre un salario que incurre en discriminación por motivo de sexo es igualmente discriminatoria» (FJ 4). En el presente supuesto las actoras son trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados, por lo que resulta cierto que el salario por ellas percibido, en uno de sus componentes, concretamente el denominado «complemento Avon», había sido declarado discriminatorio por razón de sexo por los Tribunales laborales. De otra parte, como se deduce de los antecedentes de hecho, y no resulta discutido en el presente proceso constitucional ni tampoco lo fue por los órganos judiciales en las Sentencias impugnadas, las indemnizaciones abonadas a las recurrentes tomaron como módulo un salario (el percibido por ellas en 1992) que fue, como acabamos de afirmar, declarado judicialmente discriminatorio por razón de sexo. Por lo tanto, y conforme con lo declarado por la citada STC 183/1998, en principio hemos de dar la razón a las actoras cuando alegan que es contraria al art. 14 C.E. una indemnización calculada sobre la base de un salario que ha sido declarado discriminatorio

por razón de sexo por los Tribunales laborales. En idénticos términos se pronuncia el Ministerio Fiscal. 4. Las Sentencias recurridas, que no desestimaron la pretensión de las actoras por entender que la controvertida indemnización no fuera discriminatoria por razón de sexo y por tanto contraria al art. 14 C.E., han basado su fallo en una serie de argumentos que destacan la diferencia conceptual entre salario e indemnización (por lo que no afectaría a esta última la calificación judicial sobre el carácter discriminatorio del salario de las actoras), la no impugnación del Acuerdo, el valor liberatorio de los recibos de saldo finiquito suscritos libre y voluntariamente por las actoras y la renunciabilidad de derechos en el momento de la extinción del contrato de trabajo. De partida hemos de rechazar, en los mismos términos en que lo hace el Ministerio Fiscal, la relevancia en el presente caso de la diferencia conceptual entre salario e indemnización al calcularse esta última en atención al primero, pues, como venimos afirmando, es discriminatoria una indemnización que se calcula sobre la base de un salario discriminatorio, puesto que, en definitiva, perpetuaría la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras. Por lo tanto no puede admitirse el argumento atinente a la irrelevancia en el presente litigio de la declaración judicial sobre el carácter discriminatorio del salario de las actoras.

El resto de los argumentos judiciales, analizados exclusivamente desde la perspectiva constitucional que corresponde a este Tribunal, vendrían a sostener que el consentimiento sin vicio prestado por las actoras a unas indemnizaciones que ahora impugnan, o la no impugnación del acuerdo extintivo, determinaría una renuncia de derechos de las actoras. Ahora bien, como ya ha sido suficientemente destacado por el Ministerio Fiscal, de los hechos probados así como de lo actuado en el proceso previo a este proceso constitucional no puede derivarse renuncia alguna de derechos por parte de las actoras. Todo lo contrario se deduce en el presente caso. Como se refleja en los antecedentes de la presente Sentencia, cuando se firmó el Acuerdo de extinción colectiva de relaciones de trabajo, que determinaría las indemnizaciones, posteriormente impugnadas por las actoras, aún estaba pendiente de resolución el conflicto colectivo relativo al carácter discriminatorio de los salarios percibidos por las actoras. En este contexto, la cláusula 9 del Acuerdo estableció que «con independencia de la firma de su correspondiente recibo de saldo y finiquito» si algún trabajador tuviera algún litigio o reclamación judicial

pendiente con la empresa, y ésta resultase favorable a sus intereses, la empresa habría de abonar el importe correspondiente.

Por tanto, el valor liberatorio de los recibos de saldo y finiquito firmados por las actoras, hay que interpretarlo a la luz de la salvedad contenida en la citada cláusula 9 del acuerdo extintivo, que precisamente preveía la adecuación de las cantidades allí pactadas (y posteriormente aceptadas por las actoras) a las consecuencias de lo judicialmente decidido en los procesos pendientes, lo que, en definitiva, constituye la pretensión de las actoras. Por último, y en todo caso, frente a la argumentación judicial de las sentencias impugnadas, y sin que sea necesario determinar aquí si estamos o no ante un derecho irrenunciable, baste recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque en supuestos diversos del ahora enjuiciado, ha declarado que la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos: de lo contrario podrían legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana (casos Barberá, Messegué y Jabardo, de 6 de diciembre de 1988, § 82, Oberschlick, de 23 de mayo de 1991, § 51, F.C.B. c. Italia, de 28 de agosto de 1991, §§ 33 a 35, y Poitrimol, de 23 de noviembre de 1993, §31). 5. Finalmente, tampoco pueden ser admitidas las argumentaciones esgrimidas por la empresa demandada. De partida, debe rechazarse el argumento atinente a que el sistema indemnizatorio pactado mejora en todo

caso el legalmente establecido, pues no se ha acreditado ni tampoco se deduce de lo actuado que esta mejora sólo beneficiase a las trabajadoras afectadas por el expediente de regulación de empleo, de forma que «compensara » la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras en esta empresa, declarada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, que finalmente vendría a confirmar la declaración en este sentido emitida por la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988. Alega también la empresa «Avon Cosmetics, S.A.», que las actoras formulan una pretensión, en un procedimiento sobre reclamación de cantidad ante la jurisdicción social, que intenta desconocer una resolución administrativa firme, atacándola extemporáneamente por la vía de la jurisdicción laboral cuando lo procedente habría sido recurrir aquella resolución administrativa.

Este argumento, del que también se hace eco la Sentencia de suplicación impugnada, ha de ser igualmente rechazado, toda vez que en el presente supuesto no puede admitirse que la alegada discriminación por razón de sexo estuviese ya declarada en el momento de dictarse la resolución administrativa que autorizó las extinciones contractuales. Al estar en aquel momento cuestionado por las demandantes de amparo ante este Tribunal el carácter constitucional de las diferencias salariales de las que trae causa la anticonstitucionalidad ahora denunciada, resultaría desproporcionado o excesivo exigir que hubiese sido impugnada también en el correspondiente contencioso la resolución administrativa contemplada. Tal y como se deduce de la lectura de los hechos probados de la Sentencia impugnada, recogidos en el antecedentes de hecho 2 apartados b), c) y d) de la presente Sentencia, cuando se alcanzó el Acuerdo extintivo de fecha de 23 de julio de 1992, homologado por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, el 27 de julio de 1992, estaba pendiente de resolución el recurso de amparo núm. 1.071/89, interpuesto por el comité de empresa de «Avon Cosmetics, S.A.», frente a la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 19 de abril de 1989, que a su vez había revocado la Sentencia de Magistratura de Trabajo de 2 de septiembre de 1988. Por lo tanto, en el momento de la conclusión del expediente de regulación de empleo y a la fecha de la resolución administrativa que autorizaría las extinciones colectivas no existía pronunciamiento judicial alguno que pudiera haber fundado una pretensión impugnatoria de la resolución administrativa por vulneración constitucional, en los términos que se articularía en la demanda de las actoras que dió lugar al proceso previo a este proceso constitucional. Es más, la Sala Quinta del Tribunal Central de Trabajo, en su Sentencia de 19 de abril de 1989, revocó la Sentencia de Magistratura que había declarado el carácter discriminatorio del salario, por entender que el conflicto planteado, al no ser un conflicto jurídico sino un puro conflicto de intereses, no podía ser resuelto en sede jurisdiccional. Fue precisamente este Tribunal Constitucional el que, en su Sentencia núm. 145/1992, de 13 de octubre, declaró la nulidad de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Central de Trabajo de 19 de abril de 1989, reconoció el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva y retrotrajo las actuaciones, ordenando a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como sucesora del extinto Tribunal Central de Trabajo, que dictara Sentencia resolviendo la cuestión planteada.

En modo alguno puede, pues, ser exigible a las actoras la interposición de un recurso contencioso-administrativo frente a la resolución administrativa que autorizó las extinciones, toda vez que en aquel momento no existía pronunciamiento judicial alguno sobre el carácter discriminatorio el complemento Avon percibido por las actoras. 6. De todo lo anterior se debe concluir que las actoras han sido discriminadas por razón de su sexo en relación con la indemnización recibida por la extinción de sus contratos de trabajo, al haber sido la referida indemnización calculada sobre la base de un salario que había sido declarado por los órganos judiciales competentes para ello discriminatorio por razón de sexo. Esta lesión constitucional, en cuanto no ha sido reparada, también resulta imputable a las Sentencias impugnadas.

Las anteriores consideraciones conducen directamente al otorgamiento del amparo a las actoras, y sólo queda por determinar los efectos de la presente Sentencia constitucional (art. 55 LOTC). Solicitan las actoras en el suplico de su demanda de amparo la estimación de la pretensión formulada en su demanda inicial y, por lo tanto, que declaremos su derecho al abono de las cantidades que, en concepto de diferencias de indemnización, solicitaban en el suplico de sus demandas de instancia. Esta pretensión no puede ser atendida por este Tribunal, pues ello equivaldría a suplantar al órgano judicial competente en su función de interpretación de la normativa aplicable a los efectos de determinar la cantidad que a las actoras corresponde en concepto de indemnización por la extinción de su contrato de trabajo. En el presente caso la declaración de vulneración constitucional por las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia y del Juzgado de lo Social impugnadas debe determinar únicamente la anulación de dichas Resoluciones y la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, partiendo de que resulta contrario al derecho de las actoras a no ser discriminadas

por razón de sexo que el cálculo de las indemnizaciones que a ellas corresponde por la extinción de sus contratos de trabajo se realice sobre la base de un salario declarado judicialmente discriminatorio por razón de sexo, dicte Sentencia resolviendo en términos constitucionalmente correctos la pretensión de las actoras. De igual forma, son los órganos judiciales competentes los que habrán de determinar, en su caso, las eventuales consecuencias que sobre el Acuerdo indemnizatorio pudieran derivarse de la declaración

contenida en la presente Sentencia constitucional sobre el trato discriminatorio por razón de sexo sufrido por las actoras.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA Vladimir Osman. "El negocio jurídico". Ed. serví prensa s.a. Tercera edición 2003, Guatemala, Guatemala.

AGUILAR GUERRA Vladimir Osman. "La sociedad anónima". Ed. serví prensa SA. 2003, Guatemala, Guatemala.

ARISMENDI, José-Loreto: Tratado de las sociedades civiles y mercantiles. ed. Ariel, tercera edición aumentada y adaptada a la legislación vigente por José-Loreto ARISMENDI (hijo), Caracas - Barcelona, 1964.

ARVELO VILLAMIZAR, Roqueféli: "La teoría del velo corporativo y su aplicación en el derecho venezolano". en revista de la facultad de derecho, universidad Católica Andrés Bello, N° 53, 1998.

BOLDO RODA, Carmen: Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español. Ed. Aranzadi, segunda edición, Pamplona, 1997.

BROSETA PONT Manuel. "Manual de derecho mercantil". Ed. técnos, Madrid España 1974.

BROSETA PONT, Manuel: Manual de derecho mercantil. Ed. Tecnos, décima Ed. Madrid, 1994.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: Derecho societario. parte general, T. III, la personalidad jurídica societaria. Ed. Heliasta S. R. L., Buenos Aires, 1994.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo: La doctrina del "Levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia. Ed. Civitas, S. A., cuarta Ed. puesta al día y ampliada, Madrid, 1997.

DE CASTRO, NEGOCIO JURÍDICO. Madrid, 1997.

DE CASTRO y BRAVO, Federico: "La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica". en anuario de derecho civil. T. II, fascículo IV, Octubre - Diciembre, Madrid, 1949.

DE LA CAMARA, Manuel, "Estudios de derecho mercantil primera parte I". Ed. de derecho financiero, segunda Ed. 1997.

DOBSON, Juan M. "El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho Privado)". ed. de Palma, Buenos Aires Argentina, 1991. segunda Ed.

DOBSON, Juan M.: El abuso de la personalidad jurídica (En el derecho privado). ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

FARGOSI, Horacio P.: "La desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil". en II Jornadas (Internacionales) de derecho mercantil. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989.

FERRARA, F., "La simulación de los negocios jurídicos". traducción de Atard y A. de la Puente, Madrid, 1961.

GALGANO, Francesco: Historia del derecho mercantil. Ed. Laia, versión española de Joaquín Bisbal, Barcelona, 1981.

GARIBOTTO Juan Carlos. "Teoría general del acto jurídico". Ed. de Palma Buenos Aires, 1991.

GARRIGUES, Joaquín: Curso de derecho mercantil. T. I, cuarta ed. revisada y puesta al día, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962.

GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario E.: Manual de derecho comercial. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

GIRON TENA, J.: Derecho de sociedades. T. I, parte general, sociedades colectivas y comanditarias. Madrid, 1976.

GOLDSCHMIDT, Roberto: Curso de derecho mercantil. facultad de derecho. Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964.

GOVEA U. (h), Luis Guillermo: Las grandes decisiones de la corte suprema de justicia en materia de derecho mercantil (1935-1992), jurisprudencia ordenada y comentada. Ed. Jurisvensa, tercera ed. revisada y puesta al día, Caracas-Maracaibo, 1992.

GUTIERREZ FALLA Laureano F. "Contrato societario y derechos individuales de los accionistas". Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1998. T. II.

MARTINEZ DE SUCRE, Virgilio y M. CORTI, Arístides Horacio: Multinacionales y derecho. ed. de la Flor, Buenos Aires, 1976.

MORALES HERNANDEZ, Alfredo: Curso de derecho mercantil. T. II, las sociedades mercantiles. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

NISSEN, Ricardo Augusto: Curso de derecho societario. AD-HOC S. R. L. - Villela Ed. Buenos Aires, 1998.

SANCHEZ CALERO, Fernando: Instituciones de derecho mercantil. T. I (introducción, empresa y sociedades). Ed. McGraw-Hill, vigésima ed. Madrid, 1997.

SERICK, Rolf: Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. traducción y comentarios por José PUIG BRUTAU, ed. Ariel, Barcelona, 1958.

VICENT CHULIA, Francisco: Compendio crítico de derecho mercantil. T. I, segunda Ed. librería Bosch, Barcelona, 1986.

VILLEGAS LARA Rene Arturo, "Derecho mercantil guatemalteco". Ed. universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. T. I quinta Ed. 2001.

ZUNINO, Jorge Oswaldo: Régimen de sociedades comerciales. ley 19.550. revisado, ordenado y comentado. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

LEGISLACION

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986

Código de Comercio. Congreso de la República, Decreto 2-70, 1970

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Decreto ley 106, 1973

Código de Notariado. Congreso de la Republica, Decreto 314, 1947

Código Penal. Congreso de la República, Decreto 17-73, 1973 .