

**Voces:** SOCIEDAD ~ SOCIO ~ ABUSO DEL DERECHO ~ NULIDAD ~ FRAUDE ~ SIMULACION ~ OBLIGACIONES DEL SOCIO ~ RESPONSABILIDAD

**Título:** Disregard

**Autor:** Palazón Ruíz, Héctor

**Publicado en:**

"La Teoría del corrimiento del velo societario desde la perspectiva del derecho societario y del Análisis Económico del Derecho".

Héctor Palazón Ruíz (1)

Introducción

El fenómeno asociativo ha tenido una evolución constante. Dicha evolución se debe a diversos factores, entre los cuales se encuentran en forma conjunta o separada el incremento de la iniciativa privada y el fenómeno corporativo.

El derecho societario debe acompañar este avance, adecuando sus herramientas y figuras jurídicas a la coyuntura moderna. El ingenio y la necesidad económico-empresarial de los particulares precisan ser armonizados con la normativa, ya que ésta deberá marcar los límites entre lo tolerado y lo prohibido.

La unión de personas para la creación de un nuevo sujeto de derecho no implica una suerte de blindaje jurídico infranqueable para los terceros perjudicados con sus actos. En ese sentido, la teoría del corrimiento del velo societario emerge como una propuesta válida en estos casos: las personas que utilicen la sociedad con el fin de eludir disposiciones legales o contractuales, o perjudicar a terceros, no pueden ampararse en el principio de separación de la personalidad jurídica. La ley no debe tolerar abusos o violaciones a disposiciones de carácter imperativo.

La problemática no es nueva. Sin embargo, a través del presente trabajo se busca demostrar que las soluciones establecidas en el derecho común paraguayo no siempre pueden cubrir todas las situaciones de abuso societario planteadas. Con ese fin, serán analizadas las soluciones propuestas por otros ordenamientos jurídicos en estos mismos casos y fallos jurisprudenciales dictados en ese marco.

Posteriormente, nos adentramos en el estudio de la teoría del corrimiento del velo societario desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, con el fin de demostrar que aquella también es un instrumento válido para obtener un comportamiento y una asignación eficiente de la responsabilidad y riesgo.

PARTE I

VALORACIÓN DE LA TEORÍA DE CORRIMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO SOCIETARIO.

La teoría del corrimiento societario: concepto, argumentos a favor y en contra.

A los efectos de circunscribir el debate se debe esclarecer el tema del presente trabajo, es decir, lo que se entiende por corrimiento del velo societario. En ese contexto, sociedad y responsabilidad no son conceptos inescindibles y absolutos, ya que la impermeabilidad de la responsabilidad de aquella con relación a los socios, no fue concebida para escudar actuaciones contrarias a la ley. Entonces, el postulado fundamental de la teoría es lograr una suerte de flexibilización de los alcances ordinarios de la sociedad, cuando las situaciones concretas así lo ameriten. La distinción e independencia entre los socios y la sociedad fue el principal incentivo para el desarrollo extraordinario de esta figura jurídica en el mundo. A pesar de esto, y al igual que ocurre con cualquier otro instituto creado por el derecho, cuando la finalidad noble para la cual fue creada dista del uso aplicado por los destinatarios, es necesaria una revisión. Muchas veces, la respuesta surge del mismo derecho, a través de las herramientas ya previstas en la ley. Otras, es necesario restablecer el orden a través de nuevas herramientas.

Es por ello que, diversos ordenamientos jurídicos han incluido dentro de sus disposiciones la teoría en cuestión. Su propia denominación grafica suficientemente el principal alcance de la misma: se pretende observar cual es la realidad oculta tras la sociedad. Si como consecuencia de esta observación se encontraran los elementos repudiados por la norma, el acto específico realizado por la sociedad puede ser imputado también al socio y viceversa (2).

Concretamente, y como bien fuera expresado en un fallo norteamericano: "si los socios no distinguen entre sus negocios y los de la sociedad, los tribunales tampoco se van a fijar en la existencia de sujetos diferentes" (3).

Lo expresado en los párrafos precedentes dista mucho de constituir una posición unívoca y pacífica, ya que, como se verá más adelante, la teoría del corrimiento también tiene detractores. La principal crítica es su falta de novedad ya que las figuras e instituciones existentes sirven para lograr su fin (4). A continuación se demostrará que ello no siempre es así.

La decisión de la adopción o no de la teoría del corrimiento dista mucho de ser sencilla y se reduce a una cuestión de política legislativa. Es por ello que, tal como lo expresa Rafael Manóvil, en principio nos encontramos ante un conflicto de bienes jurídicos igualmente relevantes: "Lo que se exige al Derecho es elegir

entre, por una parte, la fidelidad a los principios del instituto que creó (la personalidad), con todos sus efectos y por otra, atender a la sustancia subyacente a la misma. Cualquiera de las dos respuestas posibles es imperfecta. En el primer caso, se privilegiará la seguridad jurídica, pero se facilitará un juego de formalidades a veces reñido con la realidad de los intereses concretos que puedan hallarse en juego en cada supuesto. La segunda respuesta abre el campo a la inseguridad propia de cualquier fórmula del derecho que se agote en un enunciado general de principios y que deja, por tanto, librada al juzgador un muy amplio margen de acción" (5).

Como ya fuera mencionado, la teoría del corrimiento del velo societario se ve encuadrada dentro de la segunda situación. Concretamente, "desde un punto de vista jurídico, cualquiera sea el nombre que se dé al instituto (penetración, prescindencia, desestimación, corrimiento del velo, inoponibilidad, etc.), se trata de la no aplicación del principio de separación de la persona jurídica en alguno de sus aspectos o efectos, o sea, de la restricción de la norma de separación y, por vía de interpretación, de analogía o de prevalencia de otros principio, de su sustitución por otra norma" (6).

Muchas veces el legislador enfrenta disyuntivas riesgo/riesgo, donde debe escoger entre alternativas que simultáneamente producen ventajas y desventajas. Sin embargo, en esta situación entendemos que no se trata de extremos irreconciliables, en los cuales al inclinarse por una necesariamente se impide la existencia de la otra. Es más, como se verá más adelante, varios países han demostrado la posibilidad de una coexistencia entre ambos. El trade off entre la limitación del alcance de una figura (sociedad) y su respeto es más aparente que real. Lo importante es fijar reglas claras de juego.

Justificación de la teoría: distinción entre la sociedad y el socio.

Vale la pena mencionar una cita de Halperin relacionada a la sociedad, que se ha vuelto clásica: "...constituye una realidad jurídica, esto es, ni una ficción de la ley...ni una realidad física...Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo individuo pueda realizar el fin lícito que se propone..." (7).

En el ordenamiento jurídico paraguayo todas las sociedades tienen personalidad jurídica (8), atributo otorgado por la ley a partir de la voluntad de las partes expresada en el contrato social. Las consecuencias de dicha atribución sin lugar a dudas son la separación de la persona jurídica de la sociedad respecto a la de sus socios, la imputación de los actos y la posibilidad de regirse y gobernarse mediante sus órganos (tanto en su faz interna como externa frente a terceros). Con la creación de un nuevo sujeto de derecho se establece también un nuevo centro de imputación de normas, que constituirá el destinatario final de las consecuencias jurídicas de su actuar, con independencia de sus miembros. Es decir, solo la sociedad es quien adquiere derechos y contrae obligaciones.

Tal como lo señalan Richard y Muiño, para comprender el fenómeno asociativo primero se debe distinguir entre la tipicidad de primer grado (tipología societaria) y la tipicidad de segundo grado, las cuales a su vez también se diferencian de la tipicidad penal (9). En efecto, para el derecho penal las conductas tipificadas se consideran delitos, al contrario de las no tipificadas, por ende su realización está permitida; en cambio, en derecho societario se tipifica lo permitido, de manera que lo que no está permitido está prohibido: no se puede constituir un tipo no autorizado por ley (10). Básicamente, los autores establecen un test de dos etapas, en donde fijan ciertos criterios identificatorios para primero saber si estamos o no ante una sociedad, y luego definir su tipo.

Entonces, en la tipología societaria se analiza la existencia de: i) un fin común: voluntad de todos los socios de alcanzar el objetivo social; ii) una actividad común: se refiere a la solidaridad de intereses respecto al fin u objeto social, el cual es demostrado mediante asignación o ejecución de tareas conjuntas (11); iii) organización común: es el desenvolvimiento interno de la sociedad, el establecimiento de un método de deliberación y toma de decisiones dentro del gobierno corporativo ya sea para cuestiones internas como externas (vinculante frente a terceros), que diferencia a las sociedades de, por ejemplo, los contratos de participación o asociación empresaria; iv) patrimonio social: es una derivación de la obligación de aportar, con el objetivo de dotar a la ente de los medios necesarios para realizar sus metas; v) diferenciación: la sociedad creada constituye una organización "personalizada" (12), o lo que es lo mismo, distinta a sus socios. Luego, para la verificar la tipología de segundo grado se deben observar las capacidades, limitaciones y restricciones consagradas en la ley para cada tipo societario en sentido estricto, por ejemplo, en el Paraguay las sociedades de responsabilidad limitada no pueden realizar actividades bancarias o de seguro (13). A su vez, lo expresado necesariamente afecta a los socios, cuya responsabilidad se ve regulada frente a terceros, atenuándose o extendiéndose de acuerdo al tipo societario escogido (14).

A partir de lo expresado en el párrafo anterior, se presenta la primera interrogante: ¿Al declarar la inoponibilidad necesariamente se está declarando la responsabilidad de los socios?, o mejor, ¿La limitación de la responsabilidad de los socios se genera a partir de la personalidad jurídica de la sociedad, o por el contrario, es una consecuencia del tipo societario escogido? La respuesta es fundamental para delimitar la aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario en forma subjetiva. Si consideramos que la responsabilidad se encuentra encuadrada dentro de la primera situación, al producirse su declaración estaríamos ante un hecho que

afecta la propia persona jurídica creada, la que al ver cuestionado un elemento constitutivo (limitación de responsabilidad), también podría generar dudas sobre su propia existencia.

Es fundamental conocer la línea demarcatoria entre lo que constituye un atributo inherente a la personalidad y cuestiones ajenas a ella a los efectos de comprender la teoría del velo dentro del ordenamiento jurídico. La responsabilidad de los socios es considerada como un elemento del tipo societario, y la inoponibilidad de la sociedad respecto a un acto concreto no afecta la personalidad jurídica del ente. En términos simples, lo que se excluye es el régimen de responsabilidad previsto para el tipo, extendiéndose a los verdaderos responsables del hecho (15); o bien, en situaciones donde no exista responsabilidad atribuible e igualmente se generen las consecuencias repudiadas en la norma, se aplicará la teoría sin enervarla. Para todo lo demás, la sociedad y sus efectos siguen vigentes (16).

Inicialmente no siempre ocurrió así: la responsabilidad de los socios era considerada como parte esencial de la sociedad, de manera que a pesar de contratar directamente con ésta los mismos continuaban siendo responsables. Al fin y al cabo, la sociedad era una mera forma asociativa que generaba efectos internos los cuales no podían ser total o completamente oponibles a terceros, quienes siempre contaban con la alternativa jurídica de reclamar a los socios las consecuencias del actuar de la sociedad (17). Sin embargo, a fin de evitar la creación de una figura inocua era necesario permitir ciertas combinaciones de agrupamientos, de manera que sean los socios quienes escojan la categoría a la cual debían pertenecer (con o sin responsabilidad). En otros términos, la limitación de la responsabilidad de los socios apareció históricamente como respuesta a una necesidad del tráfico y no como una construcción dogmática de los juristas (18).

La responsabilidad de los socios por los actos de la sociedad puede o no estar en la presente en el tipo, sin que por ello la persona jurídica deje de existir. La decisión de fijar alguna responsabilidad (subsidiaria, personal, directa, etc.), o de excluirla definitivamente depende ya de una decisión de política legislativa, porque es el legislador quien deberá definir al momento de dar vida a un nuevo ente de derecho la manera en que sus integrantes responderán (o no) frente a terceros. No estamos ante un elemento intrínseco, sino frente a una cuestión que hace al desenvolvimiento de la sociedad en el mundo civil o comercial. Por el contrario, no se concibe una sociedad (con independencia a su tipo) que no pueda contratar, o no sea titular de sus bienes.

Coincidentemente expresan Richard y Muiño: "La división patrimonial es un efecto directo del reconocimiento de la personalidad, pero la limitación de responsabilidad de los socios es un efecto del tipo elegido por éstos al generar un nuevo centro imputativo" (19).

Este análisis también es válido para la legislación paraguaya, donde al momento de instituir a la persona jurídica y fijar sus efectos se omite la responsabilidad de los miembros de la misma, difiriendo su tratamiento hasta la ocasión de hablar de los distintos tipos. El presupuesto sobre el cual se basa la normativa es la exclusión de la responsabilidad como elemento básico y primordial de la sociedad.

Descartada la unidad entre persona jurídica y responsabilidad, ahora debemos referirnos al efecto propio del corrimiento: el avasallamiento del principio de separación entre la persona jurídica y los integrantes. A diferencia de lo ocurrido en el primer caso, al imputar un acto al socio se está soslayando una parte estructural de la sociedad como sujeto de derecho. En ese sentido, la teoría demuestra bastante flexibilidad y practicidad, pues circunscribe su ámbito de aplicación al negocio, acto, contrato o situación cuestionada; por ende, al emplear el corrimiento el sujeto de derecho no perderá este atributo en forma permanente, sino exclusivamente respecto a la situación objeto de la controversia (20). Sin embargo, existe también otra postura que sitúa a la teoría dentro de los elementos del tipo societario (tipicidad de segundo grado), y con ello, se indica que la responsabilidad de los socios es la única cuestión que se ve afectada, no así el principio de separación patrimonial (tipología de primer grado) (21).

Los criterios apuntados no tratan una simple cuestión posicional o de insertar a la teoría dentro de uno u otro nivel de la sociedad. Si bien, los efectos directos son siempre iguales: penetración de la sociedad para el acto concreto y así alcanzar a sus socios o controladores, la diferencia concreta se verá en la propia funcionalidad de la teoría. En ese sentido, al subir un nivel también se estarán dejando de lado situaciones donde la responsabilidad de los socios puede no verse afectada, sino que lo pretendido es hacer oponible a la sociedad las obligaciones o características del socio o cuando no se permiten los efectos de la invocación de los efectos de la personalidad por terceros (22). Adicionalmente, en el caso de sociedades de personas cuyos socios tuvieran responsabilidad subsidiaria, en la práctica el corrimiento no traería nada nuevo.

La dinámica de la teoría requiere entonces retroceder un escalón y situarla en la tipología de primer grado. Así se estarían cubriendo la mayor cantidad de situaciones donde puede requerirse la desestimación de la sociedad, y no exclusivamente, cuando ésta es utilizada como una mera fachada.

Observada la cuestión desde ésta perspectiva la colisión de institutos jurídicos parece diluirse. Con la teoría no se elimina la seguridad jurídica, ni el alcance preconcebido por la propia ley a la persona jurídica. Al contrario, únicamente se direccionará el ordenamiento jurídico hacia quienes se encuentran detrás de la sociedad a fin de corroborar la presencia de una situación repudiada en la norma. La gran mayoría de las soluciones consagradas por la normativa paraguaya no conciben un efecto tan matizado, y generalmente brindan acciones

de nulidad o anulabilidad de todo el ente o acto.

En los párrafos precedentes fue nuevamente delimitado el concepto y la ubicación de la teoría en cuestión dentro del derecho societario: afecta el principio de separación de la persona jurídica y eventualmente la responsabilidad de los socios (23). Las situaciones de extensión de la responsabilidad a los socios por las obligaciones sociales contraídas no son el único caso donde se puede desestimar la persona jurídica. Rafael Manóvil señala algunos ejemplos concretos de tipo objetivo y subjetivo en los cuales ésta figura es igualmente válida: "la nacionalidad de una sociedad en función de la de sus socios para determinados efectos de interés público, el ocultamiento del patrimonio en relaciones familiares o en fraude a los acreedores, la contratación consigo mismo particularmente en sociedades unipersonales, la extensión de los efectos de una obligación de no hacer o de la obligación de cumplir una obligación en especie, la posibilidad de la declaración del socio en calidad de testigo cuando la sociedad es parte, la compensación de créditos y deudas entre un tercero por una parte y sociedad y socio por la otra, etcétera" (24).

Este punto será tratado más adelante, por el momento, simplemente se adelanta que el corrimiento del velo puede ser utilizado también en situaciones donde la diferenciación de sujetos provoca un alejamiento de los fines observados por el legislador al momento de crear o reconocer una determinada figura en la ley, más allá de la concurrencia del dolo. Si la sociedad es utilizada como un mero instrumento para la consecución de fines extra societarios, los perjudicados deben tener la posibilidad de extender los efectos del acto a los verdaderos responsables, y después aplicar la consecuencia que la propia legislación establece. Quien con o sin dolo ha utilizado la sociedad con ésta finalidad tornando inocua una norma de orden público, no puede pretender beneficiarse de los efectos jurídicos ordinarios de este instituto creado por la ley. Como fuera señalado por Halperin, este "medio técnico" perteneciente a la realidad jurídica sólo puede activarse plenamente cuando sus miembros hayan realizado actos lícitos.

En la diversidad de situaciones radica el principal inconveniente de la teoría. Sus detractores cuestionan precisamente la imposibilidad de dejar de lado la abstracción y establecer criterios interpretativos concretos y uniformes, a los efectos de limitar normativamente el amplio arbitrio judicial otorgado en la concepción actual de la misma.

No obstante, a pesar de su imperfección, consideramos que con la incorporación del corrimiento del velo societario se pueden resolver muchas inequidades. En ese contexto, es oportuno citar a Wiedemann, quien menciona cuanto sigue: "...así como el ordenamiento jurídico puede atribuir la independencia de la organización y de su patrimonio, también puede identificar a ambos con los miembros cuando, de lo contrario, resultan efectos jurídicos inapropiados" (25).

El problema: insuficiencia de las figuras previstas en la ley.

Comprendido el concepto de la teoría del corrimiento del velo societario, a continuación es realizado un análisis de las similitudes y diferencias existentes entre ésta y las diversas figuras previstas el ordenamiento jurídico paraguayo. Mediante la comparación se pretende demostrar que muchas veces las soluciones previstas en la ley son insuficientes o al menos tan efectivas como dicha teoría.

#### 1. Con la nulidad (26).

En la nulidad se cuestiona la propia existencia de la sociedad, y una vez invocada, se genera la disolución y liquidación de misma (27). Como la propia personalidad de la sociedad es la que se ve afectada, sus efectos se extienden a todos los actos realizados por ésta, no sólo al realizado en perjuicio a terceros o con fines extra societarios.

Un alcance similar se fijaría para el caso de que se solicitara la nulidad de un contrato determinado suscripto por la sociedad a fin de violar un deber legal. Por ende, esta figura generaría una consecuencia no deseada por la parte perjudicada con el actuar de la sociedad, quien en cambio puede pretender la continuidad del vínculo contractual, circunstancia incompatible con la nulidad.

A partir de lo expuesto, es indudable que la consecuencia establecida para la nulidad es mucho más grave que la dispuesta para la teoría del corrimiento de velo societario. Ésta sólo reimputa los efectos del acto objetado a los socios, nada más. Para todo lo demás, la Sociedad continuará vigente.

#### 2. Abuso del derecho.

Sin lugar a dudas, cuando la legislación no ha incorporado la teoría del corrimiento del velo societario, el abuso del derecho emerge como una alternativa válida para que terceros afectados puedan cuestionar a la estructura societaria cuando ésta contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerla (28).

No obstante, lo expresado en el párrafo anterior no implica establecer similitudes entre figuras disímiles. En efecto, el abuso del derecho es una acción netamente resarcitoria que busca la reparación del perjuicio causado injustamente y con la intención de dañar al afectado. Asimismo, con su aplicación el actor busca invalidar la pretensión de ejercer el derecho de que se trate (29), dejando así fuera de su amparo a situaciones donde lo pretendido es precisamente lo contrario, ya que el perjudicado busca la extensión del acto a otra persona distinta a la sociedad (socio o controlante) para obtener también el cumplimiento de parte suya.

Es decir para que se configure un abuso necesariamente debe existir dolo, suprimiendo así casos de violación objetiva a la ley, en cuyo análisis se debe prescindir de elementos valorativos de la intencionalidad. En adición a esto, únicamente brinda una defensa idónea para obtener una conducta pasiva (cese, no hacer), incompatible para casos en que el tercero busque constreñir al actor a que haga algo.

Por el contrario, el corrimiento permite la imputación en forma objetiva, solidaria e ilimitada (extensión que será determinada en la ley), de los efectos de un acto concreto y específico al socio responsable del desvío. En otras palabras, hay una nueva imputación de la relación jurídica de que se trate: la deuda, la responsabilidad civil, penal o administrativa, la insolvencia, etc. (30); que se refleja en el socio o controlante.

### 3. Con el fraude a acreedores (31).

Técnicamente hablando, la acción pauliana busca la revocación del acto realizado en fraude a acreedores. El acto impugnado se torna inoponible a los acreedores, y recién ahí el acreedor podrá ejercer las acciones que hacen a su derecho y hasta la concurrencia de su crédito (32).

No obstante, a pesar de la gran semejanza con el instituto estudiado, la acción pauliana no es idónea para que los terceros logren la inoponibilidad de actos jurídicos que no trasuntan una disminución patrimonial causante o coincidente a un posterior estado de insolvencia del deudor (sociedad). Por ende, sólo se defiende situaciones donde el acreedor fuera víctima de negocios fraudulentos de una sociedad con quien tuviera un crédito, a fin de retrotraer o revertir la operación. No cubre situaciones de menoscabo patrimonial que no deriven de relaciones crediticias, sino de violaciones a disposiciones contractuales o legales de otra naturaleza (ej. laborales).

Además, entendemos que el destinatario de la norma es el acto, no el sujeto. Es decir, lo que será declarado inoponible frente a los acreedores es la relación obligacional y no la existencia del sujeto de derecho. Desde ésta perspectiva, la acción pauliana por sí sola no será suficiente para alcanzar o atribuir responsabilidad a los socios de una sociedad determinada que resultare beneficiada de una operación, sino para obtener una restitución patrimonial del bien salido del patrimonio del deudor, dejando impunes a aquellos.

Por otro lado, para la procedencia de la acción pauliana se deben acreditar los siguientes extremos (33): i) que el deudor se halle en estado de insolvencia (la que debe existir al momento de entablar de la demanda); ii) que el acto hubiere provocado o agravado dicha insolvencia; iii) que el crédito en virtud al cual se intenta la acción sea anterior al acto impugnado (salvo el caso de un delito, para el derecho paraguayo); y iv) que la insolvencia sea conocida por la otra parte (en el caso de actos onerosos). Estos elementos no necesariamente se encuentran presentes en las situaciones susceptibles gatillar la teoría del corrimiento. Es por eso que, por ejemplo, ante obligaciones contractuales de no hacer cuya elusión se pretenda mediante la creación de sociedades ficticias controladas por la sociedad o socios obligados en el contrato, la parte perjudicada no podrá ampararse en ésta acción.

En cambio en el velo societario simplemente se debe acreditar que la actuación de la sociedad ha encubierto la consecución de fines extra societarios, o que constituya un mero recurso para violar la ley o frustrar derechos de terceros.

### 4. Con la simulación (34).

Mediante la simulación se busca la invalidez del acto aparente (35), dejando al descubierto el acto realmente querido por las partes (36). En consecuencia, las transmisiones de bienes y/o derechos realizadas por las partes son anuladas, siendo reincorporados al patrimonio del deudor. Además, la acción de simulación favorece a todos los acreedores del que simuló el acto, salvo los derechos de terceros de buena fe por actos onerosos (37).

En comparación con el corrimiento, la solución prevista en la acción de simulación (anular el acto) se torna muy gravosa y contraria a los elementos sobre los cuales se asienta el tráfico comercial (38): Por ejemplo, dos sujetos, uno de ellos una sociedad, pactan la prohibición de venta o de establecerse en una zona determinada (obligación de no hacer), y posteriormente la sociedad matriz constituye una nueva sociedad con la finalidad de eludir la referida prohibición, la acción de simulación llevaría a la nulidad de la sociedad creada. De esta manera se pueden afectar diversos sectores de la nueva sociedad cuyo objeto no coincida con la prohibición contractual.

La misma situación observada desde la teoría del corrimiento implicaría la simple inoponibilidad de la nueva sociedad en el aspecto concreto objeto del contrato suscripto, y a través de la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica, pues las consecuencias del mismo son imputadas solamente a las personas realmente responsables del mismo (sociedad matriz).

### 5. Con la teoría de la primacía de la realidad (39):

La teoría de la realidad tiene plena aplicación en el Paraguay, fundamentalmente en materia laboral y tributaria (40). En virtud a ella, el tribunal puede indagar al substractum del negocio con el objeto de verificar la utilización de las formas previstas en la ley (ej. sociedad), a fin de vulnerar derechos o prohibiciones establecidas en forma expresa a favor de los trabajadores (41).

De lo expuesto surge que el efecto generado por la teoría de la primacía de la realidad es idéntico al corrimiento del velo. Entonces, la principal diferencia se encuentra en ámbito de aplicación y el alcance. La



teoría de la primacía de la realidad es reconocida expresamente sólo en materia laboral, por tanto no puede extenderse a las demás ramas del derecho a pesar de que se presenten situaciones que ameriten su aplicación. Ante la falta de admisión no puede ser aplicada, ya que se necesita un expreso reconocimiento legal para dejar de lado o desconocer contratos y/o privar a los actos de sus efectos ordinarios a fin de analizar las cuestiones de fondo que lo sustentan (42).

En ese sentido, otra diferencia también se encuentra en el alcance de una y otra figura. A través de la teoría de la primacía de la realidad uno puede desconocer contratos y relaciones jurídicas donde no siempre forme parte una sociedad. A modo de ejemplo siguiendo la teoría de la primacía de la realidad, en materia tributaria se podrá decir que una compraventa constituye en realidad una donación, o bien, en materia laboral, que un intermediario (persona física) es realidad un empleador. Sin embargo, el corrimiento del velo tiene un campo de aplicación más reducido: solo es aplicable en situaciones donde presente una sociedad, sea activa o pasivamente.

Interpretación y alcance de la teoría.

1. ¿Elementos objetivos o subjetivos?

Continuando el análisis de la teoría, debemos plantearnos la siguiente interrogante: ¿Al momento de realizar la subsunción del hecho (actuación de la sociedad) en la norma jurídica, se deben valorar elementos subjetivos o solamente son relevantes los objetivos?

En ese sentido, en la primera posición se encuentra Gulminelli, quien señala que el corrimiento del velo se basa en un supuesto de antijuridicidad, y por tanto de ilicitud. En consecuencia, el aspecto subjetivo estaría implícito en la formulación de la norma y sería también insoslayable para la procedencia de la inoponibilidad de la persona jurídica. El citado autor además sostiene que para que la misma sea aplicable debe existir intencionalidad por lo menos "de alguno de los que puedan resultar responsables, aunque los demás sólo hayan obrado con culpa" (43).

En contrapartida, Molina Navarrete señala que: "Pese a un generalizado convencimiento en contrario, la perspectiva de levantamiento del velo no introduce únicamente el límite del abuso de la persona jurídica, sino que implica un límite más al "uso" y al "valor" de tal concepto. Ello permite ampliar el campo de operatividad de esta técnica del control, a hipótesis en las cuales es irrelevante en principio la verificación o no de una situación fraudulenta" (44).

La cuestión en este caso se reduce nuevamente a contestar una pregunta simple: ¿si no existiera la persona jurídica, los socios podrían igualmente realizar el acto en forma legal? Entonces, si la respuesta es positiva no será necesario correr el velo. Pero, si la respuesta es negativa, será inevitable que se aplique la teoría con toda su extensión. No se puede exigir dolo cuando a fin de verificar la concurrencia del hecho prohibido la ley no lo pide. Entonces, con la teoría se allana el camino que permite aplicar las normas relativas al bien jurídico protegido por la ley.

En otros términos, es ineludible una conexión y/o dependencia de la teoría y el acto cuestionado. En caso contrario, por falta de dolo se dejaría impune una situación donde este es irrelevante para la concurrencia del hecho prohibido. Si el legislador no exigió que los particulares ejecuten el acto en forma dolosa, sino, prescindiendo del elemento valorativo de la conducta directamente prohibió el resultado del acto o hecho, no tiene mucho sentido elevar el standard para las sociedades. Cuando lo pretendido fue erradicar una determinada situación presente en la vida cotidiana, sin importar si la misma fue ejecutada por personas físicas o jurídicas, la teoría debe generar una opción válida para llegar al objetivo.

Al fin y al cabo, como señala Manóvil: "la multiplicidad de doctrinas y posiciones frente a la necesidad de que en ciertos casos críticos no se mantenga separada la persona jurídica de sus miembros, deriva de que se pierda de vista el aspecto jurídico que se pretende alcanzar. Visto el problema desde esta perspectiva, resulta fundamental tener siempre presente que toda relativización del sujeto se limita al caso concreto, sin que la persona jurídica, como tal, deje de existir con todos sus atributos. Es decir, no se trata de hacer desaparecer al sujeto, sino de imputar la relación jurídica a otro sujeto, o también a otro sujeto" (45).

Muchas veces para la extensión de la imputación, no se requiere de demostración alguna del tipo subjetivo o intencional vinculada a la generación de daños y perjuicios. Es suficiente con comprobar que se ha incurrido en uno de los supuestos explícitamente fijados por los países que prevén una base legal expresa de la teoría (sociedad cuya actividad está enderezada a la consecución de fines extra societarios, o utilizada para violar la ley, el orden público, o a través de cuya utilización se frustran derechos de terceros, etc.), en cuyo caso resulta manifiesto que lo único que interesa evitar es la producción objetiva de alguna de esas situaciones. No es preciso probar la intencionalidad o la culpa, ni se exige de consecuencia legal quien probare que no obró con dolo, con culpa o con intención de dañar o de violar la ley o el orden público (46). Para ser aplicable la disposición, basta que se compruebe el desvío de la finalidad para la cual la ley otorgó a la sociedad la condición de sujeto de Derecho (47).

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, y como bien señala Manóvil, a través de la teoría del

velo societario se busca la imputación al socio o controlante de un acto determinado. La eventual responsabilidad es una consecuencia de la imputación, lo cual no implica que ambos elementos sean indivisibles, e indefectiblemente se encuentren presentes en todas las situaciones en que la teoría sea aplicada.

El levantamiento del velo es tan sólo el primer acto, y una vez realizado el corrimiento simplemente se determina quienes son los potenciales responsables del hecho. La responsabilidad emergente de dicha imputación es una cuestión posterior a ésta. Recién cuando sea estudiada la responsabilidad por los perjuicios causados, serán tenidas en cuenta las cuestiones inherentes al tipo de relación jurídica existente entre las partes (objetiva, subjetiva, contractual, extracontractual, civil, administrativa, etc.).

Desde una perspectiva teleológica entiendo que para una aplicación más efectiva el corrimiento necesariamente debe estar imbuido de un carácter netamente objetivo, el cual, dependiendo del bien jurídico lesionado será suficiente o no para levantar imputar el acto a los socios; en caso contrario se dejarían sin consecuencia legal hechos también repudiados por el ordenamiento jurídico. El siguiente ejemplo traído a colación por Manóvil es bastante claro al respecto: "tómese supuestos en los que media un pacto de exclusividad en un contrato de distribución, o una obligación de no establecerse en un contrato de transferencia de fondo de comercio, o un acuerdo de no competir en un contrato de joint venture. Luego la sociedad obligada por el pacto u otra perteneciente al mismo grupo, deviene controlante, directa o indirecta, de una tercera sociedad que utiliza los servicios de otro distribuidor, o de otra sociedad que tiene un establecimiento que realiza la actividad prohibida por el contrato. Será muy difícil que en una situación así, sobre todo en el marco de grupos de sociedades de alguna envergadura, la intencionalidad en la adquisición haya estado dirigida a la violación del contrato, o que, incluso, haya mediado negligencia. Sin embargo, objetivamente, se da un caso de frustración del derecho de tercero titular del derecho de exclusividad o beneficiario del pacto de no establecerse"[\(48\)](#).

Para comprender y delimitar el alcance de un instituto se deben aplicar los parámetros y la finalidad previstos en él. No se puede exigir más de lo que la ley exige para el hecho particular.

Una vez más, la objetividad o subjetividad de la teoría depende de la política legislativa. Sin embargo, a fin de evitar una figura inocua o efectos colaterales no previstos, es importante observar a la teoría como una herramienta para alcanzar objetivos ya consagrados en la ley. Del referido postulado se infiere que la presencia del elemento volitivo es imprescindible para activar el corrimiento si la norma principal cuya activación se pretende no lo requiere [\(49\)](#).

En países donde la aplicación del corrimiento del velo no tiene base legal, la aplicación se debe circunscribir a situaciones subjetivas. La aplicación jurisprudencial de la misma, basada en criterios de equidad, tiene como límite y alcance el contenido del abuso, su dimensión, su trascendencia para los acreedores [\(50\)](#). Es decir, los hechos en este tipo de casos son el aspecto medular y solo de los hechos probados surgirán los argumentos pro y contra la aplicación de la teoría, toda vez que partamos de la base que su aplicación tiene fundamento legal [\(51\)](#). En nuestros sistemas de derecho toda teoría por más justa que parezca debe estar prevista en una norma y para el derecho paraguayo (al igual que el uruguayo antes de la admisión legal de la teoría), con la admisión del abuso de derecho se ha permitido indirectamente la irrupción de la teoría del corrimiento.

En cambio, en países donde el abuso del derecho no fue elevado a norma legal, ¿podría, por ejemplo, aplicarse la teoría del corrimiento y en virtud a ella solicitarse válidamente el cese del acto abusivo o imputar una obligación o responsabilidad al socio o controlante? Una respuesta a este punto merece un análisis cauteloso, ya que implica colocar dos cimientos doctrinarios desprovistos de base legal concreta.

## 2. ¿Responsabilidades acumulativas o excluyentes?

Ocurrida la imputación al socio o controlante del acto realizado por la sociedad, ¿la responsabilidad de ésta queda excluida, o es acumulable con la de aquellos?

A pesar de que no existen impedimentos para que un mismo acto puede tener más de un responsable, la respuesta a esa pregunta no puede ser uniforme. Conforme fuera señalado en el punto anterior, al analizar la responsabilidad debemos observar cuales son las características ínsitas del acto concreto objetado. En algunos casos el simple traslado de los efectos del acto al socio o controlante bastará para que los efectos de la norma sean alcanzados, quedando la sociedad liberada. En otros, será necesaria una extensión del acto a los mismos, quienes conjuntamente con la sociedad, resarcirán a los terceros de los daños y perjuicios generados por sus actos.

En ese sentido, imputar es un concepto neutro que carece de una connotación excluyente y por sí solo no implica una eliminación de la sociedad penetrada. Entonces, siendo la inoponibilidad una consecuencia introductoria al debate de fondo, el cual a su vez dependerá de la situación particular objetada (fraude, abuso, violación de normas de orden público, obligaciones de dar o no hacer, etc.), la acumulación o exclusión en forma inevitable también dependerá de la naturaleza del hecho.

Mientras la teoría del corrimiento es un nexa para poder alcanzar a los destinatarios reales de la norma, la liberación o no de la sociedad guarda relación a su legitimación pasiva frente al reclamo de un tercero. Por

tanto, si la sociedad penetrada fue quien suscribió el contrato o asumió la obligación, no hay razones válidas para, en virtud a la sola teoría, extinguir la obligación respecto a ella.

Como bien lo señala Manóvil: "si se trata de la atribución de un bien al socio o controlante, para que los acreedores no se vean privados de sus derechos, no puede sino existir un traslado de la responsabilidad...cuando se trata de establecer atribución de pasivos, de una deuda o de una responsabilidad patrimonial, el caso será de una extensión de la responsabilidad" (52).

Al crear una norma, el deber del legislador será dejar abierta la posibilidad para uno u otro caso, permitiendo así que la casuística establezca cual debe corresponder.

### 3. Clarificación y especificación de la responsabilidad.

A lo largo del texto se ha señalado que en virtud a la teoría se debe imputar la obligación a los socios o controlantes, lo cual a su vez, puede derivar en su responsabilidad. Pero, en la práctica, ¿cómo se aplicará esto?, ¿qué tipo de responsabilidad asumirían los declarados como verdaderos responsables del acto?

En ese sentido, lo repudiado por la teoría es la instrumentalidad de la sociedad, su utilización como una herramienta para alcanzar un resultado contrario a la ley. De ésta manera, al hablar de responsabilidad se busca sancionar a quienes mediante una ingeniería contraria al espíritu de la norma han construido una estructura tendiente a lograr el resultado desvalioso. Lo que se sanciona entonces es el "uso torpe de la sociedad" (53).

En el supuesto de una situación de naturaleza contractual, en paralelo a ello se mantienen vigentes todas las eventuales responsabilidades, multas y consecuencias jurídicas previstas en la ley o contrato cuya elusión fue generada a partir de la sociedad. Existirán entonces dos tipos de responsabilidades provocadas por hechos y eventualmente, también por sujetos distintos. Si el caso se refiere a una violación una obligación contractual de hacer asumida por la sociedad, el tercero lesionado podrá reclamar a ésta la responsabilidad de tipo contractual emergente del incumplimiento, y además, al hacer extensible el acto a los socios o controlantes (mediante la teoría) se gatillará una de naturaleza extracontractual, a raíz de la falta de vinculación directa con el tercero. En otros términos, regirán los mismos principios de la responsabilidad civil ordinaria.

La complejidad de la situación puede producir también distintas y complejas combinaciones. Por ejemplo, en el caso de las obligaciones de no hacer (54). Cuando la obligada originaria fue la sociedad controlada y ella incumplió, los daños y perjuicios que se impongan a la sociedad controlante incumplidora no le serán imputables a la primera. Pero cuando la obligada fue la sociedad controlante, y formalmente cumplió la obligación, mientras que su controlada incumplió, la inoponibilidad de la personalidad societaria impuesta a la primera para extenderle la obligación de no hacer, incumplida por ésta, provocará que la controlante también responda por los perjuicios causados, ya que ella fue quien hizo posible la actuación indebida de la sociedad controlada. El ejemplo se puede multiplicar con más variantes a poco que, en una estructura grupal, la obligación de no hacer haya sido incumplida por otra controlada de la misma controlante de la sociedad originalmente obligada.

Por otra parte, la cuestión de los legitimados pasivos es también importante. La norma deberá establecer quiénes son los terceros perjudicados que efectivamente pueden ampararse en la teoría y solicitar la declaración de inoponibilidad y también si la misma puede ser declarada de oficio. A falta de previsión expresa estos terceros no solamente se pueden encontrar fuera de la sociedad, ya que los propios accionistas minoritarios pueden también resultar perjudicados con los distintos supuestos que hacen factible la aplicación de la teoría.

### 4. Alcance de la teoría.

En este punto se inicia el estudio del alcance atribuido por la doctrina a la teoría del corrimiento. A tal efecto, es necesario mencionar los parámetros sobre los cuales se cimienta su aplicación, que fueron claramente expuestos por Verón de la siguiente manera:

#### a) No considerar la sociedad como una valla artificial e insalvable:

El derecho no debe brindar soluciones dogmáticas, sino prácticas a sus destinatarios (55). La premisa sobre la cual debe partir este instituto es la negación del carácter absoluto e incuestionable del principio de separación de la sociedad respecto de sus socios. Lo expresado no implica una negación total del instituto, la personalidad jurídica de la sociedad, ni tampoco las consecuencias de su constitución (separación de responsabilidad). Dichos atributos permanecerán vigentes toda vez que la actuación de la sociedad no implique una desviación de los fines previstos en la norma para su creación (56).

Teniendo en cuenta que esta posición es permitida indirectamente por nuestras leyes en ciertos casos y con efectos diferentes (simulación, abuso del derecho, fraude de acreedores, etc.), la propuesta no es una novedad absoluta para nosotros.

#### b) Realidad económica social y derecho objetivo:

La finalidad del corrimiento no es otra que la observación de la realidad económica y social de la sociedad. Con esta perspectiva teleológica se busca prescindir de las denominaciones o estructuras jurídicas formuladas por los socios o controlantes, penetrando en el verdadero escenario económico creado. En otras palabras, "quien crea una apariencia se hace prisionero de ella" (57).



En ese contexto, cuando las formas, que son condicionantes de validez extrínsecos al acto, son degeneradas para escudar situaciones abusivas estamos ante un "formalismo" (58). Una interpretación rígida del derecho no puede amparar una aplicación automática de la ley, sin observar lo que pasa en la realidad.

c) Criterio de prudencia:

La teoría del corrimiento debe ser aplicada en forma prudente y cautelosa por los jueces, teniendo en cuenta los intereses en juego (59). Tampoco puede ser tolerado un ejercicio abusivo del mismo contra la sociedad por parte de terceros, ya que de ésta manera también se estaría contraviniendo la finalidad del instituto.

El corrimiento debe mantenerse en un punto equidistante entre el respeto a la seguridad jurídica, la buena fe y el abuso del derecho. Para ello, es necesario darse cuenta de una cuestión muy importante: el control o la interrelación entre sociedades es una circunstancia de hecho que no siempre tiene una connotación negativa. La dinámica societaria hace que muchas veces los integrantes de un mismo grupo realicen operaciones vinculadas, las cuales son plenamente reconocidas y admitidas por la ley. Entonces, lo repudiado acá es el abuso (o la violación de normas de orden público) y no la actividad común.

Para aplicar la teoría no basta con la demostración de una vinculación interempresaria (60), sino su efecto nocivo o vulneración a otros bienes jurídicos cuya protección se encuentra prevista en la ley.

d) Criterio restrictivo y de excepcionalidad:

El corrimiento sólo debe ser aplicado cuando se encuentren los elementos repudiados en la norma jurídica. No se puede constituir al Juez en revisor general de las actuaciones de la sociedad, cuando éstas no fueran contrarias a lo señalado en la ley. Una interpretación contraria implicaría convertir a la excepción en regla (61).

Según Verón la regla del corrimiento es precisamente su aplicación restrictiva y excepcional. Al respecto consideramos que la restrictividad refiere al acatamiento de la taxatividad de los elementos constitutivos e ineludibles de la figura, lo cual implicaría establecer una suerte de cartabón, una barrera contra interpretaciones jurisdiccionales elásticas que muchas veces hacen posible lo imposible. Por tanto, como se verá más adelante una vez reunidos dichos elementos, la norma y sus efectos deben ser aplicados sin limitaciones. En caso contrario, es lo mismo que recomendar la aplicación en forma restrictiva de la acción de incumplimiento contractual.

La doctrina brasilera ha reconocido algunas típicas situaciones de abuso al momento de declarar la inoponibilidad de la persona jurídica (62): presunción del fraude e inversión del onus probatorio; ausencia de un razonamiento previo de la responsabilidad del socio; la insuficiencia de bienes sociales como criterio para la desestimación; uso de la desestimación en casos de fraude a acreedores o donde puede ser aplicada otra alternativa; y la posibilidad de aplicación de oficio.

Si no se encuentran los requisitos consagrados en la norma para la validez de la teoría ésta no puede ser aplicada, ya que de lo contrario se estaría realizando una subsunción lógico-jurídica incorrecta del hecho en la norma. El riesgo de una aplicación desmedida e incorrecta de una figura muchas veces no depende de la norma sino de los sujetos que la aplican, por tanto para evitar este tipo de problemas se deben crear normas claras, las cuales deberán ser implementadas por adecuadamente jueces al caso concreto. Dicho de otra manera, este es un riesgo potencial de todo el ordenamiento jurídico y no sólo de la teoría.

Sin embargo, se debe reconocer que en países como Paraguay la recomendación de aplicación restrictiva es válida. Sin una base legal concreta, los jueces tendrían que fundar sus fallos en criterios de equidad, los cuales a pesar de adecuarse a valores inmanentes, no pueden por sí solos servir para hacer retroceder a una figura creada por la ley, salvo casos especialmente graves.

Situaciones más frecuentes.

Siguiendo a Manóvil, en el presente punto estudiaremos las situaciones más frecuentes en las cuales se plantea la teoría del corrimiento, de manera tal a ejemplificar la utilidad práctica del instituto en cuestión. Existen diversos criterios clasificatorios, los cuales muchas veces dan mayor énfasis a los actos por sobre la dirección de la imputación (63). En cambio y atendiendo cuestiones didácticas, la clasificación apuntada sigue el circuito de la imputación, y así, busca encontrar los actos y sujetos que se encuentran tanto en el inicio como al final del mismo.

1. Imputación de una obligación de la Sociedad al Socio o controlante:

Este es el caso más frecuente de aplicación del corrimiento del velo y ocurre cuando la obligación determinada (de cualquier naturaleza) es asumida por la sociedad, a pesar de que quienes se encuentran tras ella son los reales e ilícitamente beneficiados. Como bien fuera señalado, lo que se castiga es la constitución de una sociedad como fachada, a los efectos de encubrir actuaciones abusivas o alejadas de ley por parte de sus miembros. Estas circunstancias sirven para activar el instituto estudiado.

En este punto existe un diverso espectro de aplicaciones, ya que no siempre hablamos de obligaciones dinerarias, sino pueden implicar también cualquier tipo de prestaciones. Observando el circuito de la imputación, lo que se pretende es que sean los socios o controladores quienes cumplan la obligación asumida por la sociedad.

Se trata de una imputación de abajo hacia arriba o hablando en términos procesales, una inoponibilidad activa directa (64).

## 2. Imputación de una obligación de la sociedad al socio o controlante:

En estos casos ocurre una situación distinta. La sociedad es quien aparece como titular de un derecho determinado, y lo que buscan los terceros es el traslado del mismo a la cabeza del socio. En otras palabras, pretenden que la transferencia o enajenación realizada por el anterior titular (socio), les sea inoponible. Recién cuando este derecho sea imputado al socio, el tercero podrá ejercer las acciones que le corresponden.

Al penetrar en la sociedad receptora del derecho lo que se busca es retrotraer la situación patrimonial al estado anterior, y de ésta forma poner frente a frente a los sujetos que originalmente debían formar parte de la controversia respecto al bien determinado. A modo de ejemplo, este tipo de situaciones se presentan en cuestiones inherentes al derecho sucesorio, tendientes a evitar la violación a la legítima, de cuestiones relacionadas a la disolución de la sociedad conyugal.

Como bien señala Manóvil, es una imputación de arriba hacia abajo (65).

## 3. Imputación de actos u obligaciones del socio a la sociedad.

El corrimiento también es aplicable cuando los socios o controlantes pretendan la elusión de obligaciones contractuales asumidas frente a terceros, mediante la constitución de un nuevo sujeto de derecho.

Entonces a diferencia de los puntos anteriores y siguiendo el circuito de la imputación, en esta categoría el derecho, acto u obligación ya no recae inicialmente en la sociedad, sino en el socio o controlante. Por tanto, el trayecto es inverso: al penetrar la sociedad lo que se busca es identificar a ambos, y en virtud a dicha identidad, extender a la sociedad los efectos de una obligación asumida inicialmente por el socio. En otras palabras, hacer que la sociedad cumpla también con los compromisos pactados con este.

Como ejemplo podemos mencionar a las obligaciones de no hacer (66): Las partes estipulan la prohibición de establecerse en una zona determinada, y uno de los contratantes constituye una nueva sociedad (en donde es accionista mayoritario) que ejerce la misma actividad y en la zona prohibida en el contrato. La parte perjudicada buscará que el contrato suscripto por el socio le sea imputable a la sociedad.

## 4. Imputación alegada por la sociedad o sus socios o controlantes.

La jurisprudencia de algunos países se ha mostrado renuente a la aceptación de la alegación de la teoría del corrimiento del velo societario a favor de la sociedad (67). En ese sentido, Verón (68) ha mencionado dos casos interesantes ocurridos en la Argentina, en los cuales se ha admitido la teoría del corrimiento del velo. En el primero, en supuestos de aplicación de leyes de prórroga de las locaciones, para proteger a los socios frente a la demanda de desalojo del locador que alegó la causal de transferencia prohibida respecto de una sociedad continuadora de la actividad de los locatarios. El segundo, en materia de derecho tributario en beneficio de la sociedad matriz, al desestimarse la persona de la subsidiaria, a propósito de la aplicación del impuesto a las ventas respecto de transferencias de mercaderías realizadas entre ambas (69).

La procedencia de ésta aplicación se basa en el abuso del derecho del tercero, en la invocación de los límites de la formalidad societaria cuando la sustancia de la relación jurídica de que se trate está claramente referida a la sociedad, a su actividad o a sus derechos (70). Entonces, los perjudicados son la sociedad y el socio, quienes pretenden que se reconozca la identidad entre ambos, a fin de lograr una extensión recíproca de características, capacidades o condiciones.

Este punto requiere un mayor criterio de prudencia, ya que esta categoría crea una ineludible paradoja: quienes voluntariamente se acogieron al régimen de separación patrimonial, creando un centro de imputación diferenciado (sociedad), ahora pretenden matizar por un caso específico los elementos estructurales y naturales del sujeto de derecho constituido. Hecha la salvedad, personalmente no vemos impedimentos en esta derivación de la teoría. A pesar que fuera concebida como un instrumento de defensa de terceros, nada obsta a que el ente jurídico o sus integrantes sean quienes se vean beneficiados de su aplicación. Al fin y al cabo, lo que se busca es hacer justicia a través de la equidad.

## PARTE II

### VALORACIÓN DE LA TEORÍA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

#### 1. Contextualización del fenómeno societario dentro del Análisis Económico del Derecho.

Antes de adentrarnos en el estudio de la teoría del corrimiento desde ésta perspectiva, tenemos que interiorizarnos brevemente en la comprensión de los fundamentos del Análisis Económico del Derecho, y a partir de ello comprender que la sociedad es un fenómeno no solamente jurídico, sino también económico.

El hombre responde a los incentivos y el Estado a veces puede mejorar el resultado de los mercados, son dos de los diez principios básicos de la economía señalados por Mankiw (71). Indudablemente, el derecho es un medio con el que cuenta el Estado para provocar cambios en el comportamiento de los destinatarios.

Los legisladores a menudo preguntan "¿cómo afectará una sanción al comportamiento?", o ¿qué ocurrirá con

la seguridad y el precio de un producto?", los abogados usualmente responden a esta interrogante de la misma manera a como lo habían hecho 2000 años atrás: en base a la intuición y a la experiencia (72). El Análisis Económico del Derecho es un "nuevo derecho" que busca erigirse como opción válida para responder a estas interrogantes mediante la aplicación de las reglas económicas a las normas reguladoras extra-mercado, como por ejemplo, reglas de responsabilidad civil, derecho de familia, medio ambiente, contratos y normas procedimentales (73).

Se trata de una mirada del derecho desde una perspectiva económica, lo cual gira en torno a considerar a las normas jurídicas como intentos institucionales de maximizar el bienestar agregado (74), entonces, como los agentes económicos toman sus decisiones intentando siempre alcanzar la maximización de sus utilidades, sus preferencias y conductas pueden ser pronosticadas de antemano. Correlativamente, el derecho es susceptible de generar o evidenciar distorsiones asimilables al concepto de falla de mercado (75) que pueden ser corregidas utilizando herramientas económicas.

Visto de esta manera, el derecho es un sistema de incentivos a un individuo que responde según la prosecución de su propio interés (76).

Al momento de crear una norma se puede intentar predecir y explicar el comportamiento de los individuos sobre los cuales recae y así intentar determinar sus efectos en la sociedad. Básicamente con el Análisis Económico del Derecho se trata de (77): 1) establecer un precio implícito para diferentes tipos de conducta y las respuestas o reacciones a este pueden ser analizadas de la misma manera que los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los costos específicos de los bienes y servicios; 2) reconocer que la asignación de un derecho puede alterar la distribución de la riqueza entre sus titulares y los obligados y, por tanto, la estructura de la demanda de los agentes sujetos a la decisión jurídica; y 3) verificar los distintos incentivos que la distribución y estructura de los derechos vigentes puede ofrecer a los individuos titulares de los mismos.

Por su parte, el fenómeno asociativo y las sociedades en particular son también objeto de estudio por parte del Análisis Económico del Derecho pero como una forma de propiedad. Al respecto, en base a su funcionalidad y objetivos existen dos grandes categorías de organizaciones: las sin dueño y las con dueño (78). En las primeras se encuentran los entes que desarrollan un papel en la vida social, religión y el gobierno (Estado, clubes sociales, iglesias, familias, etc.) y su objetivo no es el lucro; a su vez, las segundas tienen un rol relacionado a la producción y el crecimiento (sociedades comerciales), siendo la maximización de utilidades su finalidad principal.

De la diferenciación apuntada surge también la divergencia en los métodos de administración y control, ya que las organizaciones sin dueño se ciñen al sistema de gobernabilidad, que implica política y control colectivo (leyes), los cuales muchas veces son insuficientes y/o contradictorios ya que: 1) puede no haber un grupo único y homogéneo; 2) el desempeño es difícil de monitorear ya que no hay contabilidad convencional en base a ganancias y pérdidas; 3) no hay un control de mercado del desempeño de los funcionarios; 4) desincentivo o falta de interés de los ciudadanos en conocer y supervisar la acción de sus representantes (79). A su vez, en una situación de competencia perfecta, las corporaciones son controladas por el propio mercado a través de restricciones (ej. takeover hostil, competencia por el control corporativo), y por las leyes (deberes fiduciarios y de confianza, cláusulas contractuales) (80). Es decir, si los directores (o socios) no cumplen en tornar rentable la empresa, el precio de las acciones, cuotas parte, o valor de la compañía bajará, consecuentemente serán removidos o la sociedad entera será adquirida por otra, constituyendo en la práctica una suerte de darwinismo societario.

La sociedad en particular surge como consecuencia de la existencia economías de escala en la producción y deseconomías de escala en la obtención de aportes de los individuos (81). Por un lado satisface una necesidad de mercado mediante la producción de un bien o servicio, para lo cual requiere un patrimonio propio a ser aportado por los socios. Además, al constituirse como un nuevo sujeto de derecho con organización independiente y aptitud de contraer derechos y obligaciones, corrige dos eventuales fallas de mercado que se presentarán si cada sujeto en carácter de condómino y por separado ejecutara la actividad en cuestión: tragedia de los comunes (82) y la presencia de free riders, quienes se beneficiarán con las utilidades sin pagar por ello (83).

Económicamente, la sociedad representa una escisión entre la propiedad y control (84), ya que muchas veces no todos los aportantes (socios) definen el rumbo a seguir del nuevo sujeto de derecho. La ley busca solucionar este problema mediante fijación de diversas opciones a ser tomadas por aquellos que voluntariamente decidan formar o unirse a una nueva sociedad: los tipos societarios (85). En ese sentido, las partes pueden determinar libremente cual es el régimen organizativo interno que regirá la funcionalidad del ente, y a tal fin ofrece alternativas diametralmente opuestas, cuyo aumento del nivel de responsabilidad por las obligaciones sociales es inversamente proporcional al nivel de formalidades y los costos de funcionamiento (sociedad de personas = responsabilidad subsidiaria e ilimitada de los socios respecto a las obligaciones sociales, poca formalidad y costos organizativos vs. sociedades anónimas = responsabilidad por la integración de los aportes y altas formalidades y costos organizativos).

## 2. La teoría del corrimiento y el Análisis Económico del Derecho.

¿En un mercado de libre competencia, hasta qué punto es válido el respeto y mantenimiento de una figura (sociedad) como un fenómeno aislado, sin tomar en cuenta el grado de vinculación o dependencia con sus socios y/o grupo económico?

La respuesta dependerá del hecho concreto, del grado de permeabilidad de la sociedad respecto a las personas que están detrás. De ésta forma si la vinculación y dependencia es tal que la sociedad ya no puede dirigir sus destinos en forma independiente, recogiendo los beneficios y absorbiendo las pérdidas del ejercicio de su giro dentro del marco de la competencia del mercado, evidentemente algo anda mal. Como bien lo señala Manóvil: "todo aquel que participa en la vida económica mediante el ejercicio de funciones empresarias deber cargar con los riesgos inherentes a la empresa. En todo caso, este principio estaría contrariado si las utilidades empresarias fueran apropiadas por el empresario, mientras los riesgos fueran cargados por el tráfico, es decir, por terceros. Una empresa con semejante estructura no estaría acorde con los principios ordenatorios de esa economía"[\(86\)](#).

En la práctica el corrimiento es aplicado para corregir (o imputar al socio o controlante) cualquiera de las situaciones señaladas a continuación: 1) caso de identidad de personas o empresas; 2) casos de control o dirección efectiva externa; 3) casos de infracapitalización; 4) casos de abuso de la personalidad jurídica en fraude a la ley o en incumplimiento de obligaciones.

Siguiendo el enfoque del Análisis Económico del Derecho y las características de las circunstancias enunciadas, notamos que claramente el corrimiento es una herramienta válida para corregir la falla de mercado conocida como asimetría de la información [\(87\)](#). En efecto, en una relación contractual, muchas veces la sociedad no demuestra a la otra parte con quien contrata la confusión patrimonial o la pertenencia y equivalencia del grupo societario y sus integrantes, y por sobre todo el nivel de distorsión del principio de separación de la persona jurídica respecto de sus socios. Mediante la teoría, las distorsiones provocadas por el ocultamiento de información son reducidas, ya que la potencial imputación de las obligaciones o responsabilidades a los socios estimulan a, cuanto menos, revelar la situaciones de subordinación y control patrimonial. Como de todas maneras será declarado responsable por el hecho, un socio o controlador razonablemente puede pensar en asumirlo directamente (o abstenerse de realizarlo) y así reducir costos de transacción.

Paralelamente, al desincentivar la obtención de una ventaja en virtud a ese desequilibrio de la información, en razón que los socios que actúan en forma contraria (o abusiva) a la ley tiene una alta contingencia de absorber también o exclusivamente la responsabilidad, se reduce la posibilidad de la selección adversa [\(88\)](#) y el riesgo moral [\(89\)](#). Es decir, si en forma previa al contrato el socio maneja información organizacional de carácter interno (confusión patrimonial, infracapitalización) y a pesar de ello lo suscribe, la posibilidad de aplicación de la teoría aumenta el costo asociado a su violación a través de una sociedad de la cual es parte. El aumento de los costos también se verá si dicha situación se presenta con posterioridad al contrato y es aprovechada por el socio en detrimento de la otra parte (ej. violación de obligación contractual de no hacer).

En concordancia con ello, en materia contractual el Análisis Económico del Derecho postula que se debe estimular la revelación eficiente de información dentro de la relación contractual [\(90\)](#) y además, que los legisladores deben reemplazar términos de omisión ineficientes por términos de omisión eficientes [\(91\)](#). Respecto a este último punto, ante la falta de incorporación del corrimiento del velo dentro del ordenamiento jurídico, las partes inevitablemente deberán aumentar los costos de transacción, a fin de previamente al contrato investigar la administración y organización de la sociedad, su composición accionaria y el grupo económico al cual pertenecen, y adicionalmente negociar cláusulas específicas (donde se revele la pertenencia a un grupo y la vinculación patrimonial y se garantice que ello no perjudicará al cumplimiento del contrato) y/o requerir garantías adicionales para salvaguardar sus intereses (ej. garantías reales sobre bienes de los socios).

La promoción de relaciones permanentes, las que resuelven el problema de cooperación con la menor utilización de contratos [\(92\)](#), es otro objetivo del derecho de los contratos que es alcanzado con la teoría. Si las partes saben que tienen mecanismos para hacer valer sus derechos, estarán dispuestas a asumir compromisos a largo plazo con menos recelo.

El corrimiento también sirve para corregir externalidades negativas [\(93\)](#). El comportamiento y las decisiones internas de los miembros de la sociedad, exteriorizadas a través de ésta pueden provocar efectos perjudiciales en terceros, con independencia a que mantengan o no una relación de tipo contractual. Como efecto paliativo del primer caso, la teoría busca imputar a la sociedad las obligaciones contractuales asumidas por los socios e igualmente, evitar casos de abuso de poder. En el segundo, al intentar remediar la infracapitalización se busca enervar (desincentivar) un estado de insolvencia deliberado y premeditado para hacer frente a las potenciales obligaciones sociales de naturaleza extracontractual (y también a veces contractual), por ejemplo, daños ambientales; o de igual modo evitar la violación de normas de orden público, por ejemplo, nacionalidad de las sociedades.

Finalmente, observando la cuestión desde el fuero interno de la sociedad, el corrimiento permite disminuir los riesgos derivados de los problemas entre principal-agente [\(94\)](#). El accionista minoritario podrá cuestionar

una determinada operación realizada por la sociedad para favorecer a los mayoritarios, y así lograr la imputación de una determinada obligación. La mayor posibilidad de una sanción, del tipo que fuere, eleva el costo asociado a ilícito lo cual puede contribuir a disminuir los incentivos para cometerlo, o lo que es igual, reduce el riesgo de apropiación.

### 3. La responsabilidad y la decisión organizacional. El trabajo de Richard W. Brooks.

La propia dinámica del desarrollo o de la vida en sociedad hace que se produzcan diversas actividades potencialmente riesgosas. Es tarea del legislador el establecer los mecanismos necesarios para que dichas actividades se ejecuten de la manera menos dañosa (95) o en el nivel menos dañoso (96). La teoría del velo societario puede contribuir indirectamente a este fin, ya que, al permitir extender los alcances de una determinada consecuencia al socio o grupo, se podrá incentivar a estos a adoptar las medidas adecuadas para alcanzar el nivel óptimo de prevención y/o a asegurar que las hipotéticas víctimas puedan alcanzar el resarcimiento adecuado.

Lo expresado se justifica en que a menudo, las empresas realizan ajustes en la organización, siguiendo un criterio de eficiencia basado en los cambios en las instituciones legales.

La conveniencia o no de la extensión de la responsabilidad al socio dependerá del caso particular, ya que en algunas situaciones la eficiencia requerirá que la empresa internalice los costos y los beneficios de la precaución, mientras que en otras lo tendrá que hacer la víctima, o bien ambos. Lo importante es que en sistemas legales como el paraguayo la teoría tenga una base legal concreta a fin de evitar una asignación ineficiente de recursos, los cuales bien pueden tener un destino distinto y útil para la sociedad en su conjunto.

En "Liability and Organizational Choice" (97), Richard Brooks intenta demostrar los efectos de una modificación legislativa de materia ambiental en las decisiones organizativas empresariales. Ocurrido un hundimiento en las costas de Alaska del tanque petrolero Exxon Valdez de la compañía Exxon, se produjo un endurecimiento de las normas de responsabilidad y supervisión para el transporte de petróleo, las que además de elevarlas a nivel federal, permitieron a los estados costeros promulgar normas de polución ambiental que permitían aplicar una responsabilidad corporativa completa y extensiva (98). En esta sección se indicarán las principales conclusiones del trabajo, por lo que existirá muy poca opinión personal.

Como bien lo señala Richard Brooks, durante mucho tiempo se ha señalado que el aumento de la responsabilidad alienta a las empresas a contratar con terceros para que lleven a cabo actividades de riesgo inherentes a su giro, con el fin de tomar ventaja estratégica de la dilución de la responsabilidad a través de otras sociedades. Estas estrategias permiten a las entidades limitar su responsabilidad a través de acuerdos contractuales con empresas que muchas veces resultan insolventes para asumir los riesgos inherentes a la actividad.

Es decir, como al ejecutar la actividad riesgosa por sí la empresa deberá internalizar la responsabilidad derivada, buscará transferir este costo a otra compañía, quien a su vez, previendo esa responsabilidad futura y la altamente probable bancarrota, distribuirá continuamente utilidades a fin de permanecer descapitalizada (99).

Al tomar la decisión que fuera dentro del marco legal vigente, las empresas tienen el problema de establecer si los beneficios de la contratación externa son mayores que los costos. Los factores clave en la determinación de la ecuación son la magnitud de la responsabilidad y la probabilidad de que se las considere como responsables subsidiarias, extremos que requieren una cierta consideración institucional (100). Contrariando las predicciones de los académicos y observadores de la industria, en el trabajo se encuentra evidencia empírica de que la respuesta organizativa al aumento de la responsabilidad por parte de las grandes compañías petroleras fue la no contratación del envío de su petróleo con otras compañías. De hecho, estas empresas se han movido en la dirección opuesta, y ahora se transporta más petróleo crudo en aguas de EE.UU. (tanto en porcentaje como en términos absolutos) que antes de la mayor responsabilidad impuesta tras el accidente del Exxon Valdez.

La conveniencia hace presumir la subcontratación, conclusión preliminar que se basa principalmente en la idea de que las empresas pueden beneficiarse de la división de la personalidad jurídica mediante la partición de la actividad generadora de la responsabilidad de la entidad corporativa. Es decir, las grandes compañías petroleras pueden limitar su responsabilidad legal y daños de reputación por la contratación externa independiente de la riqueza de cargadores y la reputación de riesgo. Sin embargo, como se demuestra en el modelo, la presencia de la responsabilidad indirecta (legal o de reputación) por las acciones de los operadores independientes pueden desalentar a las empresas para contratarlas.

Por varias razones la responsabilidad en este contexto no es tan fácilmente desplazada como algunos comentaristas sugirieron. En primer lugar, los legisladores de los estados ribereños, conscientes de las estrategias de dilución de responsabilidad, realizan los intentos de llenar los vacíos legales de derecho común y en la asignación de responsabilidad. Por ejemplo, la ley federal de los derrames de petróleo tiene como responsables de los derrames a los dueños y operadores de buques, pero no a propietarios de la carga. Estados como Florida respondieron a esta brecha mediante la modificación de sus leyes para extender la responsabilidad a los propietarios del cargamento. Por supuesto, una empresa puede llevar a la operación de envío a un paso más



allá, mediante la venta del petróleo a una compañía recién cuando la mercadería ha arribado a destino.

Si bien las empresas contratantes no son normalmente responsables de la negligencia de los contratistas independientes, hay condiciones en las que la responsabilidad se extenderá. Por ejemplo, las empresas pueden ser consideradas responsables subsidiarias si: 1) el contrato con los transportistas incluye actividades inherentemente peligrosas, 2) la empresa mantiene el control sobre la actividad (capacitación del personal de la transportista, permanencia de funcionarios de la compañía en el barco, o participación accionaria relevante en la transportista), o 3) el contratista es insolvente. La "actividad peligrosa" como condición es poco probable para el envío de petróleo (101). Sin embargo, la condición referida a materia de control, se ha utilizado para "levantar el velo corporativo" de los accidentes de derrames de petróleo. La condición 3 de responsabilidad basada en la insolvencia de la contratista podrá activarse cuando las mismas son manifiestamente incompetentes (aunque las empresas propietarias de la carga que deseen mantenerse indemnes presumiblemente eviten este tipo de transportistas). La justicia distributiva puede justificar la inclusión de los contratistas insuficientemente capitalizados en el marco del concepto de "contratista insolvente" excepción a la no responsabilidad del empleador por las pérdidas de terceros (102).

Otra cuestión importante es el control de mercado. Es probable que la reputación de una empresa se ponga en peligro si se sabe que es dueña original o eventual de aceite que se derrama en tránsito. La reputación importa aquí. Las grandes empresas a menudo a más de cumplir con las regulaciones, gastan millones de dólares en proyectos de autopromoción para mejorar su imagen con los consumidores y reguladores. Las grandes empresas también son muy conscientes de la situación del medio ambiente entre los inversores. Por lo tanto, las compañías petroleras que continuaron usando los operadores independientes ponen en marcha sistemas complejos y costosos de vigilancia e inspección de los buques utilizados para el transporte de su petróleo.

En lo que atañe al corrimiento del velo societario, en Jackson (103) el tribunal consideró que el demandante estableció (prima facie) que la Standard Oil controlaba la formación de los contratistas independientes y por lo tanto podría considerarse responsable por su conducta ilícita por negligencia. Soporte para este caso prima facie contra Standard Oil se basó, en gran parte, en el hecho de que la Standard Oil dio al contratista independiente manuales de operación de seguridad. A raíz del derrame del Exxon-Valdez, Exxon Corporation fue considerada penalmente responsable de la conducta de su filial (Exxon Shipping) sobre la base de la teoría de que Exxon Corporation controla Exxon Shipping. Aunque Exxon Shipping era una filial de Exxon Corporation, el tribunal dejó en claro que la teoría de control es también aplicable a los contratistas independientes. El caso del gobierno contra la Exxon Corporation también se basaba en una teoría de la responsabilidad de la empresa. Es decir, las actividades de transporte de Exxon Shipping y la exploración, extracción, refinación, venta al por mayor y las actividades al por menor de Exxon Corporation, formaron parte de la misma empresa, y que dicha responsabilidad se devenga en el conjunto o grupo empresarial.

En síntesis, Richard Brooks confirma que siempre ha habido una oportunidad de que las principales empresas de petróleo sean responsables de la negligencia de sus transportistas independientes, ya sea por ley o por el mercado. Los costos esperados de esta responsabilidad aumentaron significativamente cuando se realizaron las modificaciones legislativas que permitieron establecer una responsabilidad ilimitada. Teniendo en cuenta estos costos, no se debe esperar un aumento significativo en la contratación externa a las compañías, a menos que ofrezcan ventajas que van más allá de externalización de la responsabilidad. Sin embargo, no hay evidencia fuerte que indique que los operadores independientes poseen ventaja alguna sobre las empresas del petróleo en este sentido.

La visión convencional de la respuesta institucional a los aumentos de la responsabilidad es que las empresas contratarán para las actividades de riesgo a otras entidades. Este problema ha recibido considerable atención como un asunto altamente relevante en el contexto de la ampliación de la responsabilidad legal de los EE.UU. Algunos estudiosos sostienen que este problema (si no se resuelve) conducirá inevitablemente a la caída del sistema de la responsabilidad civil de los EE.UU. Otros exigen respuestas extremas e inmediatas, como la regulación directa del gobierno, teniendo en cuenta las sanciones penales y de seguros para riesgo de actividades. En este artículo se cuestiona la uniformidad de la visión convencional de la subcontratación de actividades de riesgo. Mientras que la subcontratación a terceros proveedores es a veces una mejor respuesta a los aumentos en el pasivo, las empresas a menudo realizan una integración vertical, porque no sólo los proveedores son demandados por terceros, sino también a la propia empresa. La integración vertical puede producirse incluso donde no ha habido una expansión de la responsabilidad civil subsidiaria.

El análisis muestra que la respuesta naturalmente predecible y la óptima de una organización para el aumento de la responsabilidad legal en determinados casos no siempre coinciden, dadas las limitaciones institucionales, jurídicas y/o de otra índole en la transferencia de responsabilidad. Por lo tanto, se debe prestar mucha atención a los detalles institucionales con el fin de predecir y comprender la probable respuesta institucional al cambio de responsabilidad.

Adicionalmente, la contribución al presente trabajo pretende ser la demostración de que las empresas petroleras aparentemente creen que se aplicará la teoría del corrimiento y por ende, decidieron ejecutar

directamente el transporte, en lugar de escapar a la responsabilidad contratando compañías navieras para hacerlo (104).

### PARTE III

#### Conclusión

A lo largo del trabajo se ha buscado identificar el problema del abuso de la persona jurídica y correlativamente, proponer al corrimiento del velo societario como una alternativa válida para solucionarlo. Con ese fin, se ha procurado demostrar que las vías planteadas actualmente en nuestro ordenamiento jurídico no cubren todas las situaciones que se plantean dentro de la realidad económica. El mencionado vacío legal cuenta con el agravante de que tanto el abuso del derecho, como la simulación y la acción pauliana, presentan salidas poco prácticas, ya sea por su extrema dificultad probatoria o excesivo rigor de las consecuencias previstas en las mismas, las cuales muchas veces difieren con la celeridad y pragmatismo empresarial.

La relativización del concepto de sujeto de derecho propuesto en el presente trabajo, se debe realizar a través de un análisis serio, real y concreto de los elementos en los cuales se fundamenta esta necesidad. Todo alejamiento, al momento de aplicar la norma, de los fines previstos por el legislador, torna peligrosa hasta la figura jurídica más inocua incorporada a nuestro ordenamiento.

En otras palabras, ¿Qué es lo que debería ser decisivo: las realidades económicas o la dogmática jurídica? (105). La propuesta del presente trabajo es atribuir preponderancia a lo primero por sobre lo segundo. Si ante una disyuntiva económica, patrimonial, jurídica o del tipo que fuere; un sujeto de derecho opta por favorecer a un socio o tercero controlante, aún en detrimento suyo, evidentemente algo no está bien. Lo expresado constituye el sostén del corrimiento: la ley no puede tolerar una confusión de esferas patrimoniales o jurídicas de sujetos de derecho solo formalmente distintos.

Por tanto, a través de la teoría del corrimiento simplemente se procura corregir situaciones desviadas, desestimando la persona jurídica creada con un fin meramente utilitario e imputando las consecuencias jurídicas del mismo a los verdaderos responsables.

Asimismo, la modernidad requiere la creación de normas que tiendan hacia una eficiencia económica y simultáneamente, velen por la eficiencia de los mercados. Una ley que se refiera a circunstancias o situaciones contractuales o no derivadas fundamentalmente del desarrollo de la vida comercial debe promover la organización y reorganización interna de los grupos económicos, colaborar con la optimización de recursos, entregar incentivos eficientes, hacer más transparente el sistema y minimizar los costos de transacción.

Entendemos que la teoría cumple a cabalidad dichos objetivos y por ende, es válida desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho. Concretamente, al fomentar la revelación información y desestimar las conductas tendientes a eludir una responsabilidad derivada de una actividad comercial, permiten la corrección de la asimetría de información y las externalidades, ambas fallas de mercado que impiden una asignación y distribución eficiente de riesgos y recursos. A ello se suma el aliciente de que en ciertas situaciones y mediante la potencialidad de la imputación de una obligación contractual o responsabilidad determinada, se alteran los valores de la ecuación costo-beneficio que realizan los socios o controladores al momento de realizar conductas desvaliosas.

A la luz de todo lo expuesto, fueron respondidas las preguntas planteadas con motivo de este trabajo, ya que indudablemente el corrimiento del velo societario es una alternativa válida ante los casos de abuso de la personalidad jurídica o violación de la finalidad prevista en normas imperativas. Adicionalmente y con relación a lo señalado es necesaria la implementación del velo societario en el derecho paraguayo. Respecto a las fallas de mercado y problemas de eficiencia, su contribución para enervar los elementos distorsionadores de los incentivos es manifiesta.

#### Bibliografía

- Abeliuk Manasevich René, Las Obligaciones, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, 1999, Pág. 639 a 645.
- Álvarez de Toledo Quintana, Lorenzo; Abuso de la personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento; Editorial Colex S.A., Madrid, 2000; pág. 73.
- Belluscio Augusto y Zannoni Jorge; Código Civil Comentado, Anotado y Concordado; T.I; Editorial Depalma, Edición 1983, Buenos Aires, Argentina.
- Borda, Guillermo A; Tratado de Derecho Civil, Parte General Tomo II; Editorial Perrot; Séptima Edición Actualizada 1980, Buenos Aires, Argentina.
- Brooks Richard R.W.; "Liability and Organizational Choice"; Journal of Law and Economics; vol. 45; Año 2002.
- Butty, Enrique Manuel; "Inoponibilidad", V Congreso de Derecho Societario (Huerta Grande); Tomo II, Editorial Advocatus, Córdoba, 1992; págs.. 643-644.
- Ceolim, Ana Carolina Santos; Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica; Editorial Del Rey, Belo Horizonte; Año 2002.

- Choper Jesse; Coffee John; Gilson Ronald; Cases and Materials on Corporations, Sexta edición; Aspen Publishers; NY USA.
- Coelho, Fábio Ulhoa; Curso de derecho comercial. Derecho de empresa. V. 2. 11 Editorial São Paulo: Saraiva, 2008.
- Coloma, Germán; Análisis Económico del Derecho de Propiedad; artículo publicado en Análisis Económico del Derecho, compilado por Viviana Kluger; 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006; Cap. IX.
- Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008.
- Dobson J.M.; El abuso de la personalidad jurídica; Editorial De palma; Buenos Aires Argentina; 1991.
- Gulminelli, Ricardo Ludovico; Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica; R.D.C.O; t. 1993-A.
- Halperin, I., Curso de Derecho Comercial, Vol. I; Editorial Desalma; 1945, Buenos Aires, Argentina.
- Herrera Orregia, Nicolás; Otra vez sobre la teoría del disregard of legal entity; Anuario de Derecho Comercial n° 1; Fundación de Cultura Universitaria; Montevideo Uruguay; Año 1984; págs. 240-247.
- Mankiw, Gregory; Principios de Economía, Traducción Esther Rabasco Espáriz; Editorial Mc. Graw Hill; Madrid, España; Año 2002; págs. 5-8.
- Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; Abeledo Perrot; 1998, Buenos Aires, Argentina.
- Moeremans, Daniel y Richard, Efraín; Inoponibilidad de la personalidad jurídica como forma de extensión de responsabilidad del socio o controlantes, Congreso Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1990.
- Molina Navarrete, Cristóbal; Persona Jurídica y disciplina de los grupos de sociedades; Publicaciones del Real Colegio de España, Bologna y Zaragoza; 1.995.
- Otaegui, Julio C. "Inoponibilidad de la personalidad", en Anomalías Societarias; Editorial Advocatus; Córdoba Argentina Año 1992.
- Piaggi Ana; Cuestiones Complejas de Derecho Mercantil Moderno; Editorial Abeledo Perrot; Buenos Aires Argentina; Año 2008.
- Posner, Richard; University of Chicago Law Review; Vol. 48, No. 2; Año 1979.
- Richard Efraín y Muiño Orlando; Derecho Societario; Editorial Astrea; 2004, Buenos Aires, Argentina.
- Romero Guzmán, Juan José; "Problemas de información", documento de trabajo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Suárez Anzorena, Carlos; Personalidad de las Sociedades, en Cuadernos de Derecho Societario (Zaldívar y otros), T.I. Cap. III; Editorial Abeledo Perrot, 1973, Buenos Aires, Argentina.
- Verón, Aberto Víctor; Tratado Conflictos Sociales; Editorial La Ley; Año 2003, Buenos Aires, Argentina.
- Roca, Eduardo A.; Observaciones sobre la historia de la sociedad comercial; Editorial El Derecho Argentina.
- Zunino, Jorge Osvaldo; Régimen de Sociedades Comerciales; Ley 19550; Editorial Astrea; Año 2007, Buenos Aires, Argentina.

(01) Magíster en Derecho Mención Derecho de la Empresa, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2011). Becado por la Fundación Konrad Adenauer (2010-2011). Abogado, Cuadro de Honor de la Universidad Nacional de Asunción (año 2005). Notario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (Año 2009).

(02) Efraín Richard y Orlando Muiño, Derecho Societario, pág. 753

(03) Suarez Anzorena, Carlos; Personalidad de las Sociedades; pág. 127.

(04) "las objeciones apuntadas nos llevan a descartar la aplicación de estas teorías a los actos ilícitos cometidos mediante las personas jurídicas. En realidad, sólo se trata de un atajo que permite obviar ciertas dificultades inherentes a la aplicación de las reglas generales de nuestra legislación. Pero el camino que ellas señalan es mucho más fecundo. Son cuestiones de ilicitud, nulidad, inoponibilidad, responsabilidad, y no de personalidad". (Belluscio-Zannoni; Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, T.I.: pág. 194). Dobson J.M.; El abuso de la personalidad jurídica; pág. 417: "podrá afirmarse que tales construcciones pudieron haber sido logradas sin necesidad de normas jurídicas expresas, ya que la teoría del abuso del derecho permitiría llegar a consecuencias similares"

(05) Manóvil, Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, pág. 970.

(06) Manóvil, Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, pág. 972.

(07) Halperin, I., Curso de Derecho Comercial, Vol. I, pág. 272.

(08) Art. 94 del Código Civil Paraguayo.

(09) Efraín Richard y Orlando Muiño, Derecho Societario, págs. 54-60.

(10) Art. 959 del Código Civil Paraguayo.

(11) Efraín Richard y Orlando Muiño, Derecho Societario, pág. 56: "La causa en el contrato o negocio de constitución de sociedad desde el punto de vista objetivo es la constitución de una nueva persona jurídica a través de cuya actuación se obtengan utilidades, soportando el riesgo o pérdidas, por lo que el objeto de ese contrato son las prestaciones –aportes– que, escindiéndose del patrimonio del patrimonio del socio, constituyen el patrimonio del nuevo sujeto de derecho, a través de una causa subjetiva exteriorizada, cual es el cumplimiento del objeto social, como dato del negocio constitutivo. La finalidad común es tanto el medio, como la utilización del medio, es lo que puede llamarse "finalidad autónoma", comprensiva también de la declaración unilateral como generante del advenimiento de una nueva persona jurídica, sociedad"

(12) Efraín Richard y Orlando Muiño, Derecho Societario, pág. 57.

(13) Art. 1.162 del Código Civil.

(14) "...la falta de norma que la imponga puede poner en duda la calidad de la responsabilidad (solidaria, mancomunada o por porciones viriles, como en el art. 1747 del Cód. Civ. Argentino), pero no la responsabilidad en sí...". Manóvil, Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, pág. 969.

(15) Manóvil inclusive le atribuye otros efectos cuando respecto a la desestimación dice: "...el alcance de ello no se limita ni se refiere siempre a la responsabilidad de los socios, sino que se proyecta a cualquier clase de efectos que interesen al supuesto concreto en el cual se produce ésta desestimación...". Manóvil, Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, pág. 970

(16) al imponer responsabilidad a los socios aun en los tipos societarios que, como principio la excluyen, no se violenta el principio de la personalidad societaria..." Manóvil, Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, pág. 970.

(17) "En la antigüedad lo natural era que los socios respondieran por las deudas sociales...". Roca, Eduardo A.; Observaciones sobre la historia de la sociedad comercial; Editorial El Derecho Argentina, Tomo VII; Págs. 965-968 "...El fundamento de esa responsabilidad, aunque derivara históricamente de la falta de desarrollo de la noción de sociedad como persona jurídica, radicaba en que se veía como natural que hubiera lo que hoy se llamaría la indisolubilidad de los vínculos entre el poder de dirección y el riesgo, por una parte, y, por la otra, entre el derecho a obtener beneficios y la obligación de soportar pérdidas...". Manóvil, Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, pág. 967

(18) Manóvil, Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, pág. 967

(19) Efraín Richard y Orlando Muiño, Derecho Societario, pág. 740.

(20) "No se trata de afectar la totalidad de la personalidad jurídica de la sociedad. Al derecho le interesa solamente el efecto concreto necesario para efectuar la correcta imputación de la relación jurídica de la que se trate". Gulminelli, Ricardo Ludovico; "Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica"; pág. 131.

(21) "453...Dentro de la inoponibilidad debemos distinguir si lo inoponible es la personalidad jurídica, o sea, la imputación a la sociedad o el principio de división patrimonial, o patrimonización de la sociedad. O si lo inoponible son los efectos de la figura societaria o tipo societario, y no de su personalidad jurídica.". Efraín Richard y Orlando Muiño, Derecho Societario, pág. 740."454. Se señala además que, en una palabra, la inoponibilidad de la personalidad, mencionada en el tercer párrafo del art. 54 de la Ley de Sociedades, hace referencia a la inoponibilidad de la autonomía patrimonial absoluta, y peste es un efecto propio de los tipos sociales y no de la personalidad, pues la desestimación generaría efectos no queridos en perjuicio de legítimos acreedores sociales. Lo dicho surge del correcto entendimiento del término inoponibilidad, que supone la validez del acto y sólo implica que éste, por factores externos, no alcanza toda su plenitud en el mundo jurídico y puede ser degradado total o parcialmente de sus efectos". Efraín Richard y Orlando Muiño, Derecho Societario, pág. 740.

(22) Otaegui, Julio C. "Inoponibilidad de la personalidad"; en Anomalías Societarias; Editorial Advocatus; Córdoba Argentina Año 1992; págs. 90-92.

(23) "Deve-se ressaltar, contudo, que a solução para evitar manipulações como estas não é abolir a autonomia da pessoa jurídica, como regra. O problema não está no perfil básico do instituto, mas no seu mau uso. O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine ou piercing the veil) é exatamente possibilitar a coibição de fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo de terceiros vítimas de fraude". Coelho, Fábio Ulhoa; Curso de direito comercial. Direito de empresa. V. 2. 11 Editorial São Paulo: Saraiva, 2008; págs. 34/35.

(24) Manóvil, Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, pág. 974.

(25) Wiedemann, H.; Gesellschaftsrecht, pág. 229, citado por Manóvil, Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, pág. 974.

(26) Arts. 355 y sgtes. del Código Civil Paraguayo.

(27) Verón, Alberto Víctor; Tratado de los Conflictos Societarios; pág. 94.

(28) Art. 372 Código Civil Paraguayo.

(29) Manóvil, Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1006.

(30) Manóvil Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1021.

(31) Art. 311 y siguientes del Código Civil Paraguayo.

(32) Art. 316 y siguientes Código Civil Paraguayo.

(33) Borda, Guillermo A; Tratado de Derecho Civil, Parte General Tomo II; págs.384-386.

(34) Art. 305 y concordantes del Código Civil Paraguayo.

(35) Manóvil Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1006.

(36) Art. 309 del Código Civil. Borda, Guillermo A; Tratado de Derecho Civil, Parte General Tomo II; págs. 400-401.

(37) Borda, Guillermo A; Tratado de Derecho Civil, Parte General Tomo II; pág.401. Art. 308 y 309 del Código Civil.

(38) Manóvil Rafael; Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1006.

(39) Arts. 3, 5 y 19 del Código del Trabajo Paraguayo.

(40) Artículo 247 de la Ley 125/91 "Que establece el régimen tributario": Interpretación del hecho generador: Cuando la norma relativa al hecho generador se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse ni apartarse expresamente del concepto que éstas establecen; se debe asignar a aquella el significado que más se adapte a la realidad considerada por la Ley al crear el tributo. Las formas jurídicas adoptadas por los particulares no obligan al intérprete; éste deberá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, siempre que del análisis de la norma surja que el hecho generador fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica.

(41) La jurisprudencia paraguaya han recocado expresamente la figura.Paraguay: Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Asunción, sala 2. SIFUCON c. Itaipú Binacional (Ac. y Sent. N° 31) 13/05/1998: "Mientras no se demuestre que la conducta de las partes fue distinta, lo que exige la prueba de los hechos que se apartaron de los textos contractuales, queda primando la presunción emanada del tenor del contrato. O sea, que la presunción es que el contrato refleja la voluntad de las partes. Para hacer caer esa presunción deberá probarse que la conducta fue distinta. Si esa prueba no se produce o no es eficaz, resta como válida la presunción emergente del contrato. Lo que puede hacerse es invocar un texto escrito para pretender que él prime sobre los hechos. Si la práctica demuestra que, en la realidad se actuó de determinada manera, eso es lo que debe tenerse en cuenta y no las estipulaciones que hayan podido hacerse para disimular u ocultar la verdad o para programar un actividad de acuerdo a ciertas normas que, luego las mismas partes con su propio comportamiento modificaron en forma práctica, pero inequívocamente clara. En la oposición entre el mundo real de los hechos efectivos y el mundo formal de los documentos, no cabe duda de que debe preferirse el mundo de la realidad". En la Legislación paraguaya, este principio se encuentra incorporado en el Código laboral, donde toma variadas formas. El art. 19 "presume la existencia del contrato entre aquel que da trabajo o utiliza un servicio y quien lo presta y continúa diciendo: "a falta de estipulación escrita o verbal, se tendrán por condiciones del contrato las determinadas por las Leyes del trabajo y los contratos colectivos, o en defecto de éstos, por los usos y costumbres del lugar donde se realice el trabajo", en consonancia con lo dispuesto por el art. 5° del C. T., 2ª parte, donde se dispone que: "Las prestaciones ya reconocidas espontáneamente y que fuesen más favorables a los trabajadores, prevalecerán sobre las que esta Ley establece", etc..".

(42) La jurisprudencia paraguaya a recalcado este carácter. El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Asunción, sala 2; Céspedes, Anastasia c. Expacar Exportadora Paraguaya de Carnes S.R.L.; 06/03/2006: "Sólo quiero agregar que la teoría del "levantamiento del velo societario" tiene su base en la equidad y la buena fe, su finalidad es evitar el ejercicio abusivo de los derechos derivados de la personalidad. Si bien sus fuentes originarias son la doctrina y jurisprudencia, actualmente en el derecho comparado existen normas positivas concretas que plasman la teoría. En nuestro ordenamiento positivo la aplicación de la doctrina encuentra sustento en las normas laborales citadas por el Dr. Barboza en su voto, y en el ámbito civil la disposición del art. 372 expresamente desampara el ejercicio abusivo del derecho, de ahí que, esta norma es la brecha positiva de nuestro derecho que autoriza la aplicación de la "teoría de la penetración", dado que es claro que alrededor de ella rondan los conceptos del abuso del derecho. Sin embargo, el resguardo de la certidumbre y seguridad en las relaciones jurídicas exige una gran dosis de prudencia en el empleo de la doctrina del corrimiento del velo societario, debiendo hacerse con criterio restrictivo en situaciones excepcionales".

(43) Gulminelli, Ricardo Ludovico; "Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica"; pág.



153. Coincidentemente, Moeremans – Richard; "Inoponibilidad de la personalidad jurídica como forma de extensión de responsabilidad del socio o controlantes", Congreso Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1990; págs. 187-191).

(44) Molina Navarrete, Cristóbal; "Persona Jurídica y disciplina de los grupos de sociedades"; Publicaciones del Real Colegio de España, Bologna y Zaragoza; 1.995; pág. 121.

(45) Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 987.

(46) Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1031.

(47) Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1031.

(48) Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1032.

(49) "El dolo empresario o sujeto de Derecho debe abarcar tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado". Álvarez de Toledo Quintana, Lorenzo; Abuso de la personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento; Editorial Colex S.A., Madrid, 2000; pág. 73.

(50) Herrera Orregia, Nicolás; "Otra vez sobre la teoría del disregard of legal entity"; Anuario de Derecho Comercial n° 1; Fundación de Cultura Universitaria; Montevideo Uruguay; Año 1984; pág. 242.

(51) Herrera Orregia, Nicolás; "Otra vez sobre la teoría del disregard of legal entity"; Anuario de Derecho Comercial n° 1; Fundación de Cultura Universitaria; Montevideo Uruguay; Año 1984; pág. 247.

(52) Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1021.

(53) Otaegui, Julio C. "Inoponibilidad de la personalidad", en Anomalías Societarias; Editorial Advocatus; Córdoba Argentina Año 1992; pág. 105.

(54) Ejemplo citado por Manóvil en Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; págs. 1036-38.

(55) Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; pág. 283.

(56) Verón, Alberto Víctor; Tratado Conflictos Sociales; pág. 296.

(57) Verón, Alberto Víctor; Tratado Conflictos Sociales; pág. 296.

(58) Verón, Alberto Víctor; Tratado Conflictos Sociales; pág. 296.

(59) Verón, Alberto Víctor; Tratado Conflictos Sociales; pág. 297.

(60) "En nuestro derecho, ni el conjunto económico, ni el estado de dominación ni el control ni la estructura en holding, ni el sistema de filial y madre para citar sólo algunos variantes de combinación de empresas económicas, han justificado por sí solos la aplicación de la teoría del disregard of the legal entity". Efraín Richard y Orlando Muiño, Derecho Societario, págs. 755-756.

(61) Verón, Alberto Víctor; Tratado Conflictos Sociales; pág. 297. "A disregard somente se justifica para as hipóteses em que não há responsabilidade. Se o sócio já é diretamente responsável, não há que se falar em desconsideração. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica serve, exatamente, para achar, desvendar, revelar o verdadeiro "negociante", que se escondeu com a "máscara" da pessoa jurídica. Serve, pois, para as situações em que o ato é, em princípio, lícito, só sendo ilícito na medida em que se revela que houve um abuso no exercício do direito de constituir ou valer-se de uma pessoa jurídica". Coelho, Fábio Ulhoa; Curso de direito comercial. Direito de empresa. V. 2. 11. Editorial São Paulo: Saraiva; 2008; págs. 34/35.

(62) CEOLIM, Ana Carolina Santos; Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica; Editorial Del Rey, Belo Horizonte; Año 2002; pág. 92. La autora cita otros ejemplos como "a restrição do princípio da autonomia da pessoa jurídica às obrigações negociáveis; aplicação na generalidade dos casos de dissolução irregular; o uso da desconsideração nos casos de a execução".

(63) Por ejemplo Richard y Muiño clasifican en Constitutiva, aditiva y negativa. "Constitutiva: se trata del supuesto donde los actos o características de los controlantes son imputados constitutivamente a la sociedad... Aditiva: la imputación es aditiva, en sentido estricto, cuando se suman las características del socio a la sociedad, es decir, el supuesto de hecho que de la norma en cuestión se integra con las características del socio o sujeto... Negativa: La imputación es negativa cuando la norma a aplicar parte del supuesto de dos sujetos independientes entre sí y, por tanto, presentándose una situación de control, la norma se torna inaplicable...". Efraín Richard y Orlando Muiño, Derecho Societario, pág. 746-750.

(64) "No se limita a supuestos de deudas dinerarias, sino al cumplimiento de cualquier clase de obligación de dar, de hacer o de no hacer" Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1011.

(65) "El o la cónyuge que pretende que determinados bienes de la sociedad sean imputados al otro cónyuge para ser tomados en cuenta en la disolución de la sociedad conyugal; el heredero forzoso que pretende que determinados bienes sean imputados al patrimonio del causante". Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1012

(66) "En estos supuestos, la actuación violatoria de la obligación desplegada por la sociedad se le imputará

al socio o controlante para dejar establecida su responsabilidad por la violación. Hasta aquí se está en el punto a (1). Pero si el acreedor pretende el cumplimiento en especie, lo cual, tratándose de una obligación de duración, puede ser para él de crecido interés, pretenderá que la propia obligación sea también imputada a la sociedad para forzarla a su cumplimiento futuro". Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1014. Sería la denominada como "aditiva" por Richard y Muino (nota al pie No. 58).

(67) En el derecho norteamericano la jurisprudencia tiene establecido que el velo societario no se penetra a favor de la Sociedad (Casos Colin vs. Altman, Reconstruction Syndicate Inc. vs. Sharpe"); Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1012

(68) Caso "Fernández Anchorena c/ Semadeni S.R.L.", citado por Verón, Alberto Víctor; Tratado Conflictos Sociales; pág. 296.

(69) Caso "Kellog Cía. Argentina S.A.", citado por Verón, Alberto Víctor; Tratado Conflictos Sociales; pág. 296.

(70) Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 1015 y 1016.

(71) Mankiw, Gregory; "Principios de Economía", Traducción Esther Rabasco Espáriz; Editorial Mc. Graw Hill; Madrid, España; Año 2002; págs. 5-8.

(72) Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; pág. 16.

(73) Posner, Richard; University of Chicago Law Review; Vol. 48, No. 2; Año 1979.

(74) Kluger, Viviana; Introducción; artículo publicado en Análisis Económico del Derecho, compilado por Viviana Kluger; 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006; págs. 7-19.

(75) Idealmente, en el mercado debe regir la competencia perfecta, concepto doctrinario que en la práctica no ocurre. En general, para la economía existen cinco fallas de mercado que impiden esto suceda: 1) monopolio y poder de mercado (un solo proveedor o un solo consumidor, natural, etc.); 2) bienes públicos: bienes con consumo no rival y no excluibles, por tanto generan el problema de freeriders y desincentivo a la inversión privada (ej. defensa nacional); 3) bienes comunes: uso rival y no excluible, que deriva en la denominada tragedia de los comunes (ej. tráfico en las calles de la ciudad de Asunción). Los otros dos tipos de fallas serán desarrolladas más adelante: asimetría de información y externalidades.

(76) Kluger, Viviana; Introducción; artículo publicado en Análisis Económico del Derecho, compilado por Viviana Kluger; 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006; págs. 7-19.

(77) Piaggi Ana; Cuestiones Complejas de Derecho Mercantil Moderno; Editorial Abeledo Perrot; Buenos Aires Argentina; Año 2008; pág. 22.

(78) Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 200-205.

(79) Materiales y Ejemplos desarrollados en clase por el Juan José Romero Guzmán, Profesor de la clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

(80) Materiales y Ejemplos desarrollados en clase por el Juan José Romero Guzmán, Profesor de la clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

(81) Coloma, Germán; Análisis Económico del Derecho de Propiedad; artículo publicado en Análisis Económico del Derecho, compilado por Viviana Kluger; 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006; Cap. IX, págs. 186-188.

(82) "Los recursos comunes no son excluibles: están gratuitamente a disposición de todo el mundo que quiera utilizarlos. Sin embargo, los recursos comunes son rivales: su uso por parte de una persona reduce su uso por parte de otra. Por tanto los recursos comunes plantean un nuevo problema. Una vez que se suministra el bien, las autoridades tienen que ocuparse de ver cuánto se utiliza... La tragedia de los comunes es la parábola que muestra porque los recursos comunes se utilizan más de lo deseable, desde el punto de vista económico". Mankiw, Gregory; "Principios de Economía", Traducción Esther Rabasco Espáriz; Editorial Mc. Graw Hill; Madrid, España; Año 2002; págs. 145-147.

(83) Coloma, Germán; Análisis Económico del Derecho de Propiedad; artículo publicado en Análisis Económico del Derecho, compilado por Viviana Kluger; 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006; Cap. IX, págs. 186-188.

(84) Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 200-205.

(85) Coloma, Germán; Análisis Económico del Derecho de Propiedad; artículo publicado en Análisis Económico del Derecho, compilado por Viviana Kluger; 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006; Cap. IX, págs. 186-188.

(86) Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 975.

(87) "Para que un mercado funcione bien, se deben identificar las alternativas y entender las características

de las opciones de compra. Es decir, se requiere contar con información y, además, ser capaz de entenderla. La realidad nos indica que en los mercados la información no es perfecta. En la medida en que los consumidores no estén perfectamente informados, cosa que puede ocurrir incluso en mercados competitivos, un mismo bien puede tener diferentes precios y calidad... En definitiva, la realidad es que no siempre la información requerida está adecuadamente disponible en los mercados, implicando una falla que, a veces, es solucionada por el propio mercado (y derecho privado), pero que en otras, requiere para su corrección la intervención reguladora del Estado". Romero Guzmán, Juan José; "Problemas de información"; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

(88) "Otro de los fenómenos relacionados con la asimetría de la información es el de la selección adversa, el cual es una forma de oportunismo informacional de carácter precontractual, consistente en que la parte peor informada (en este caso suele aludirse a los vendedores) realiza una mala selección o elección de la persona con quien contrata (usualmente, en este caso, compradores), los cuales tienen los incentivos para aprovecharse de su posición de privilegio informacional". Romero Guzmán, Juan José; "Problemas de información"; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

(89) "El término riesgo moral (Moral Hazard), es un concepto que representa una forma de oportunismo informacional, aunque en este caso, de carácter postcontractual. En efecto, se dice que hay una situación de riesgo moral cuando una de las partes del contrato o relación puede tomar acciones que afectan al beneficio de las dos partes sin que estas acciones sean observadas por la otra, a diferencia de la selección adversa, en el cual una de las partes tiene información privada sobre circunstancias preexistentes que afectan al beneficio de las dos". Romero Guzmán, Juan José; "Problemas de información"; texto entregado en clase de Derecho Constitucional y Regulación Económica, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

(90) Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 291-292.

(91) Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 309-311.

(92) Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 339-341.

(93) "Influencia no compensada de las acciones de una persona en el bienestar de otro". Cuando dicha influencia es negativa, se la denomina externalidad negativa (ej. contaminación); cuando es positiva se la denomina externalidad positiva (difusión de la tecnología, educación). Mankiw, Gregory; "Principios de Economía", Traducción Esther Rabasco Espáriz; Editorial Mc. Graw Hill; Madrid, España; Año 2002; págs. 130-132.

(94) "El problema de la separación de la propiedad y el control en la corporación moderna tiene una forma analítica general. Los dueños colocan a menudo sus activos bajo el control de otro. En estas circunstancias, los economistas describen al dueño como el "principal" y al controlador como el "agente". Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; pág. 205.

(95) En materia de responsabilidad por ilícitos culposos, el Análisis Económico del Derecho distingue entre el modelo unilateral: a) regla de ausencia de responsabilidad: la cual no otorga al victimario incentivos para tomar precauciones; y b) la regla de responsabilidad estricta: que no otorga al victimario incentivos para tomar precauciones. También existe el modelo bilateral, en donde ambas partes pueden tomar precauciones y la eficiencia requiere que ambos lo hagan, y ese sentido distingue entre: a) regla de negligencia simple: el victimario es responsable de los accidentes que cause si, y solo si, la precaución se encuentra por debajo de la norma legal; b) regla de negligencia contributiva: el victimario negligente puede evitar la responsabilidad demostrando que la precaución de la víctima fue menor a la norma legal de cuidado; y c) regla de negligencia comparativa: divide el costo del daño entre las partes en proporción a la contribución de su negligencia en el accidente". Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 464-480.

(96) "En general, el nivel de actividad de una de las partes afecta los accidentes en mayor medida que el nivel de actividad de la otra parte. La eficiencia requiere que se escoja una regla de responsabilidad tal que la parte cuyo nivel de responsabilidad afecta en mayor medida a los accidentes asuma los costos residuales del daño de la actividad". Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; págs. 481-483.

(97) Richard R.W. Brooks "Liability and Organizational Choice"; Journal of Law and Economics; vol. 45; Año 2.002; pág. 91.

(98) Richard R.W. Brooks "Liability and Organizational Choice"; Journal of Law and Economics; vol. 45; Año 2.002. El citado autor menciona algunos ejemplos de la situación normativa: Oil Pollution Liability and

Compensation Act Hearings, 101st Cong., 1st Sess. 1 (1989), estableciendo la responsabilidad ilimitada por interrumpir el flujo de petróleo a Estados Unidos y provocar un cambio en los portadores de las grandes empresas responsables a las empresas de una sola nave con pocos activos; Oil Pollution Act of 1990: Reaction and Response, 3 Vill. Envtl. L. J. 283, 314 (1992) en su mensaje de firma de la nueva ley federal, el presidente Bush expresó su preocupación porque las grandes compañías petroleras "sustituyen por las empresas más pequeñas con recursos limitados y la reducción de la capacidad de pago para la limpieza de derrames de petróleo"; 1991 International Oil Spill Conference 696 (March 1991) previendo la posible escasez de petróleo en los estados de alto riesgo.

(99) Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; pág. 519-521.

(100) Richard R.W. Brooks "Liability and Organizational Choice"; Journal of Law and Economics; vol. 45; Año 2.002; pág. 91.

(101) Richard Brooks menciona que esto se debe a que los intentos de mantener las empresas responsables de la negligencia de los contratistas independientes sobre la base de una teoría del deber indelegable dada la peligrosidad del transporte de petróleo no han sido exitosas (véase, por ejemplo, Jackson v. Standard Oil Co. 8vo. Wash. App. 83, 505 P.2d 139 (1972)). La jurisprudencia en general, considera que el transporte de productos derivados del petróleo no es una actividad extremadamente peligrosas ni plantea inusualmente alto riesgo cuando la seguridad habitual protocolos se siguen (ver Collins c. Los transportistas de líquidos, 262 SW2d 382 (1953)).

(102) El Tercer Circuito, en Becker v. Interstate Properties, sostuvo que un empleador de un contratista independiente puede ser considerado responsable de la conducta ilícita por negligencia del contratista en base a la teoría de la capitalización insuficiente. El tribunal basó su sentencia Becker en la percepción de las tendencias doctrinales del Estado (comentario al pie citado por Richar Brooks).

(103) Jackson v. Standard Oil Co. of California, 8vo. Wash. App. 83, 505 P.2d 139 (1972)), citado por Richard Brooks.

(104) Cooter Robert y Ulen Thomas; Derecho y Economía; Fondo de Cultura Económica; Editorial Fondo de Cultura Económica; Año 2008; pág. 519-521.

(105) Blumberg Phillip I; Americkanisches Konzernrecht" pág. 332, Manóvil Rafael; Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado; pág. 329.