

EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y SU DESESTIMACIÓN

Dr. Juan Trujillo Espinel

PALABRAS CLAVES:

Persona moral, desestimación de la personalidad jurídica, fraude de contrato, comerciante individual, privilegio irritante, delincuente económico, efecto mágico, dogma del hermetismo, ente personificado, separación patrimonial, actos societarios, redhibición- prescindencia- inoponibilidad- limitación- desestimación- superación de la personalidad jurídica, corrimiento del velo, fórmulas omnicomprendivas, fraude paulino.

I.- INTRODUCCIÓN.-

A raíz de los constantes abusos cometidos a través de la figura de la sociedad comercial, se produjo una profunda crisis alrededor de ella y su personalidad jurídica, lo que derivó en la necesidad de su desestimación.

Esta figura tuvo su apogeo ideológico en el siglo XX en que sus autores crearon el mito de la personalidad jurídica, asimilando completamente las personas jurídicas a las físicas. Sin embargo, luego fueron apareciendo severas reacciones y rechazos a dicha ideología por parte de la doctrina moderna en distintos países, sosteniendo una concepción estrictamente técnica de la personalidad jurídica. Para David¹ la personalidad moral es un procedimiento técnico del que hacen uso los juristas para agrupar y justificar ciertas necesidades que se les imponen.

Las viejas teorías veían en la persona moral otra persona distinta de sus miembros mientras que la doctrina contemporánea considera que las personas jurídicas surgen por y para los socios, a tal punto que en ciertas

¹ David, citado por Girón Tena J., ob. Cit., pág. 160

circunstancias se debe ignorar a la organización jurídica para ir a buscar a las personas que están detrás de la sociedad, lo cual se ha dado de manera justificada debido al abuso en la utilización de la figura.

Con motivo de esto, la desestimación de la personalidad jurídica adquirió una gran importancia y su principal manifestación se la encuentra en la jurisprudencia norteamericana a través de la elaboración de la doctrina del “disregard of the legal entity”, que se fundamenta en la equidad. Por su parte el tratadista alemán, Rolf Serick, con su obra “Apariencias y Realidad en las Sociedades Mercantiles” (traducida al español por José Puig Brutau), fue quien se encargó de divulgar dicha doctrina por toda Europa, sosteniendo él que la aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica dependerá que se hayan valido de la sociedad para intentar burlar la ley, violentar obligaciones contractuales o cometer fraude en perjuicio de terceros.

La principal crítica que se presentó con relación a la posición de Serick, es la dificultad en encontrar un criterio rector firme que permita dilucidar en qué casos se pueda prescindir de la personalidad jurídica societaria. Para Serik el abuso constituye ese criterio rector.

Girón Tena expresa que en los campos de la legislación, jurisprudencia y doctrina, se les ha hecho un problema el hallazgo de un criterio para resolver cuándo se debe respetar la trama jurídica que es la persona moral y cuándo practicar la desestimación de la misma.²

Sin embargo, más allá del carácter general con el que abordó Serik su teoría, que fue motivo de abundantes críticas, su obra ha suscitado una larga onda de interés por la materia, lo cual no pone en discusión su valioso esfuerzo, y aunque se dude del acierto en la formulación del criterio, lo más trascendental es que se discute la legitimidad de buscar ese criterio.

Ascarelli ha sido el más crítico contra aquella postura, quien sostiene que la única forma de superar aquella incertidumbre en cuanto a la decisión de aplicar o no la desestimación de la personalidad jurídica se lo

² Girón Tena, J., ob. Cit, pág. 161

resuelve con la revisión del concepto de persona jurídica y la identificación del campo de aplicabilidad de las normas sobre su personalidad jurídica.

Lo cierto es que a nivel doctrinal existen dos tendencias marcadas, por una parte quienes acogen favorablemente la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica utilizándola únicamente en casos excepcionales, y por otra parte quienes rechazan dicha teoría y respaldan la revisión del concepto de persona jurídica.

II.- USO Y ABUSO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.-

CRISIS DEL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA Y ORÍGENES DE SUS ABUSOS.-

La sociedad comercial ha sido una valiosa herramienta jurídica para la consecución de fines que aisladamente el hombre no hubiera podido conseguir pese a cualquier esfuerzo individual. El privilegio de la responsabilidad limitada hasta el monto del aporte, concedido a los socios respecto de las deudas de la compañía, permitió la expansión de las sociedades comerciales, así como la asunción de grandes riesgos que, en otras circunstancias, no se hubieran podido correr. Sin embargo, dicho privilegio luego se convirtió en el único fin con el cual se pretendían beneficiar los accionistas, de manera que hubo necesidad de buscar una justificación para la conservación de aquel privilegio.

Sin embargo, más allá que esta figura jurídica no fue creada para que se utilice como un medio legal para infringir la ley, como dice Borda³ el empresario desleal y carente de toda ética, en el que prima sólo el beneficio económico y su afán de lucro, sin medir, ni trepidar en los medios, olvidan que el objeto de la persona jurídica fue el de facilitar el intercambio comercial o la producción de bienes o servicios, primordialmente y fundamentalmente en beneficio de la comunidad y no como un medio idóneo para que inescrupulosos, tal como ha sucedido en los tiempos actuales, la utilicen con fines fraudulentos, pero todo disfrazado de un manto de legitimidad y legalidad.

³ Borda Guillermo, Julio, ob. Cit., pág. 21)

Un importante jurista argentino, el profesor Julio Dassen, expresa que “es frecuente comprobar que personas humanas acerca de cuya inmensa fortuna nadie duda, no tienen a su nombre el automóvil que usan diariamente, ni siquiera acaso, su reloj pulsera”. Una sociedad anónima es la dueña aparente de todos los bienes, y de ese modo se burla a los acreedores, a la esposa que pide alimentos, o la liquidación de la sociedad conyugal.⁴

Cuando nos referimos a una persona jurídica se lo asocia inmediatamente a una sociedad comercial, y como una de sus especies a la sociedad anónima, paradigma de la persona jurídica. Para la mayor parte de la doctrina, la sociedad anónima es la que guarda mayor semejanza con la persona física, por todos los atributos que posee, nombre, nacionalidad, domicilio y patrimonio propio. Autores como el español De Castro⁵, entre otros, considera que el análisis de los abusos que se producen en la categoría <<persona jurídica>> debe principiar y centrarse en el nacimiento y posterior desarrollo de la sociedad anónima.

Es decir, si hay una figura jurídica por antonomasia utilizada para defraudar a terceros ha sido la sociedad anónima, aunque también cabe destacar en un sitio especial a las fundaciones como otro recurso técnico empleado para reducir impuestos y disimular empresas lucrativas, como aquellas que se crean para brindar servicios médicos, culturales, educativos, etc. Lo que sucede es que la tendencia de un patrimonio propio, como característica esencial de la naturaleza de la persona jurídica y el aprovechamiento de las ventajas del privilegio de la limitación de la responsabilidad, han justificado la irresponsabilidad del socio por las deudas sociales y de ello también se derivan los mal intencionados fines en que se la utiliza; pues, a la larga se sostendrá que esas deudas de la persona jurídica que deberán ser asumidas con su patrimonio personal.

Por todas estas facilidades y privilegios que ofrecía el régimen societario se produjo el reemplazo del comerciante individual por la sociedad anónima, pero no se trataba de sociedades anónimas que

⁴ Dassen, citado por López Mesa, Marcelo J y Cesano, José Daniel, ob. Cit. Pág. 101

⁵ De Castro, citado por Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y Persona Jurídica...,pág. 39

desarrollaban actividades económicas de envergadura sino minúsculas compañías que son en puridad sociedades de personas vinculadas por lazos familiares o de amistad, antes que por su capacidad económica, como se refería Nissen.⁶

Esa facilidad comercial, impulsora de la gran revolución capitalista, “tentó al hombre cual seductora manzana” –como dice Gowland⁷- primero, a dividir su patrimonio no sólo para loables razones, sino para limitar, disminuir o aún a eludir su responsabilidad, dando pie a innumerables maniobras con objetivos contrarios al ordenamiento legal.

Y es que el problema ha consistido en el mal uso que se le ha venido dando a la persona jurídica, y en especial a las sociedades comerciales, ya que éstas – como lo dijimos anteriormente- han sido creadas no para sacar provecho de ellas sin responsabilidad alguna, con total impunidad, sino para crear riqueza, generar empleo, lograr el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de distinta índole, entre otras múltiples causas, pero respondiendo por sus actos. En otras palabras, aquella figura jurídica no ha sido creada para lucrar sin riesgo personal alguno.

De no ser así, se crea un privilegio irritante que atenta contra el principio de igualdad de las personas, al darle una protección a la persona jurídica en desmedro de la persona física, y repugna al sentido de justicia, que, delincuentes económicos, parapetándose tras el manto protector de la persona jurídica eludan la acción de la ley, pues la persona jurídica no puede crear un manto de impunidad para quienes la usan y se aprovechan de ellas en perjuicio de terceros.⁸

A inicios del siglo XX se llegó a confirmar la sospecha que venía propagándose acerca de los indebidos usos que se le estaba dando a la sociedad comercial como consecuencia de la concepción rígidamente formalista de la personalidad jurídica, lo cual desató una crisis en relación a la sociedad anónima, que en gran medida se debía a la aplicación radical del hermetismo de la persona jurídica. El maestro español De

⁶ Nissen, citado por López Mesa, Marcelo J y Cesano José, Daniel, ob. Cit., págs.. 102 y 103

⁷ Gowland, citado por Borda, Guillermo Julio, ob. Cit., pág. 21

⁸ Borda, Guillermo Julio, ob. Cit., pág. 25

Castro y Bravo⁹ sostiene que gran parte de la crisis que afecta a la persona jurídica arranca por bautizar como tal a una organización cualquiera, lo que origina como efecto mágico, la irresponsabilidad personal de quienes manejan y se aprovechan de ella, respecto de los actos y de las deudas que contraigan en nombre de aquella". Los socios confían sus aportaciones a los gerentes de la empresa, se desentienden de todo lo que sea embolsar las ganancias, y lo hacen con la tranquilidad de no poner en riesgo su patrimonio personal, mientras que los administradores pueden actuar con la libertad que da el utilizar dinero ajeno.

En definitiva, tal como lo señala Boldó Roda, la completa separación entre el ente social y los miembros que la componen (el llamado "dogma del hermetismo de la persona jurídica") va a constituir el presupuesto fundamental de la crisis del concepto de la persona jurídica. La reducción de ella a una mera figura formal, a un mero recurso técnico, va a permitir su utilización para otros fines, privativos de las personas que los integran y distintos de los de la realidad social para la que nació esta figura. Esta situación desemboca en el llamado "abuso de la personalidad jurídica", que se manifiesta principalmente en el ámbito de las sociedades de capital¹⁰.

Esta incomunicación entre la sociedad anónima y sus socios, esa relación extraña entre el ente personificado y los miembros o sujetos que lo controlan, se manifiesta en que los intereses de la persona jurídica son ajenos a sus miembros, esto es, el llamado << dogma del hermetismo de la persona jurídica>> que ha provocado la deformación del concepto de persona jurídica.¹¹

De manera que ese afianzamiento de la concepción formalista de la personalidad jurídica, unido al <<dogma del hermetismo de las personas jurídicas>> por ella impulsado, es el presupuesto fundamentalmente de

⁹ De Castro y Bravo, citado por Borda Guillermo, Julio, ob. Cit., pág 23

¹⁰ Boldó Roda, Carmen, La Desestimación de la Personalidad Jurídica en el Derecho Privado Español, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 30, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1997, pág 1

¹¹ Boldó Roda, Carmen Levantamiento del Velo y Persona Jurídica...,pág 41...dicha autora cita a Capilla Roncero, quien recalca que "las deudas o créditos de la persona jurídica nada tienen que ver con los miembros de ella y viceversa"...ob. Cit., pág 41

la crisis del concepto de la persona jurídica y de los abusos del mismo; pues los socios podrán aprovecharse de la sociedad para eludir el cumplimiento de las leyes, para desligarse de las obligaciones contraídas con terceros y defraudarlos.¹²

A raíz de la Primera Guerra Mundial, se produce la quiebra del dogma del hermetismo de la persona jurídica, pues se requería tener el control de los bienes del país en manos de ciudadanos nacionales de países enemigos, los cuales podían estar a nombre de sociedades controladas por éstos últimos, de manera que para evitar esa situación se produjo la ruptura del hermetismo de la sociedad y la penetración de su personalidad jurídica.

Debido al creciente número de abusos y fraudes perpetrados por inescrupulosos refugiados tras el manto de la separación patrimonial, fue necesaria la búsqueda de un arma para combatir todas estas prácticas abusivas de las personas jurídicas y particularmente de las sociedades comerciales, y así fue que surgió en el mundo jurídico la teoría del levantamiento del velo societario o desestimación de la personalidad jurídica, también conocida en el derecho anglosajón y norteamericano como doctrina del "disregard of the legal entity", creada como mecanismo de defensa contra la manipulación de las formas societarias.

Cualquiera sea el nombre que se le dé, y cualesquiera sean los principios jurídicos o las normas invocadas, la realidad exige que cuando la estructura formal de la persona ideal se utilice ilegítimamente cometiendo abusos, fraudes o lesionando derechos de terceros, se debe descorrer el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial.

Como señala Boldó Roda¹³, la reacción más importante y que más repercusión va a tener a lo largo de los años es la que se lleva a cabo por la jurisprudencia norteamericana con la doctrina del disregard of the

¹² Polo, citado por Boldó Roda, Carmen, en la obra Levantamiento del Velo y Persona Jurídica, pág. 42... dicha autora cita también a De Cámara, para quien "la posibilidad de jugar al mismo tiempo con la propia personalidad (la del socio) y la de la sociedad abre un horizonte limitado a toda clase de abusos", ob. Cit. 43

¹³ Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ..., págs.. 47 y 48

legal entity, según la cual los jueces pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura.

Existen abundantes fallos norteamericanos que se fundamentan en consideraciones como la siguiente: *“ si es que puede ser establecida alguna regla general, en el estado actual de la jurisprudencia, que es una sociedad anónima (corporation) será considerada como persona jurídica como regla general, y hasta que aparezcan razones que requieran lo contrario, pero cuando la noción de persona jurídica sea utilizada para atacar los intereses generales, justificar un daño, proteger el fraude o defender la comisión de un delito, la ley considerará a la sociedad anónima (corporation) como una asociación de personas (sin responsabilidad limitada)”¹⁴.*

Fueron entonces los tribunales norteamericanos a los primeros en acoger la desestimación de la personalidad jurídica, doctrina que luego fue difundida por toda Europa por el jurista alemán Rolf Serick, quien realizó las adaptaciones conceptuales necesarias para el empleo de esa tesis en el sistema continental, no haciéndose esperar las reacciones luego de la publicación de su libro, principalmente en Alemania e Italia. Posteriormente, una vez traducida al español por Puig Brutau, su obra se dio a conocer en España y también una excepcional difusión en Latinoamérica.

Guillermo A. Borda, uno de los precursores doctrinarios en Argentina de esta teoría respecto al abuso de la personalidad jurídica, señala que el fenómeno ha alarmado a juristas y jueces del mundo entero y prescindiendo de toda consideración acerca de la naturaleza de las personas jurídicas, olvidándose por un momento de “la vieja y un tanto pasada de moda polémica” acerca de si las personas jurídicas son una ficción, una realidad, una institución, etc., han comenzado a sostener y aplicar un principio que hoy puede considerarse triunfante, “cuando se abusa de la personería jurídica pretendiendo utilizarla para fines no queridos por la ley, es lícito rasgar el velo de la personería (to pierce or lift the veil) para penetrar en la verdad que se esconde tras él, y hacer

¹⁴ Fallo citado por Dobson, Juan M., ob. Cit., pag 9

prevalecer la justicia y las normas de orden público que han pretendido violarse”¹⁵.

La teoría de la desestimación de la personalidad jurídica se basa en el hecho de que siendo la persona jurídica una creación de la ley, no puede ser utilizada como medio para obtener resultados repelidos por el derecho, de manera que frente a cualquier abuso que se perpetre a través de ésta, se impondrán siempre los principios de la buena fe y la seguridad jurídica ante la autonomía patrimonial del ente.

III.- EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO COMO PROTECCIÓN AL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.-

III.1.- CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA.-

Para la tratadista española Boldó Roda, la llamada “doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica” elaborada por el Tribunal Supremo español, no sería sino la expresión metafórica bajo la que se agrupan un conjunto de sentencias en las que se resuelven casos de fraude de ley, y caracterizados por su común norma de cobertura: la normativa referente a la persona jurídica.¹⁶

Mientras que para Dobson¹⁷ la teoría de la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular.

¹⁵ Borda, citado por Borda, Guillermo Julio, ob. Cit., pág 35..... el citado autor además afirma que “cuando se desvían de esos fines, cuando se ponen al servicio de la mala fe, del propósito de burlar la ley o de perjudicar a terceros, los jueces deben intervenir para impedir que ello ocurra”, ob. Cit., pag 36

¹⁶ Boldó Roda, Carmen, La Desestimación de la Personalidad Jurídica en el Derecho Privado Español..., pág 8

¹⁷ Dobson, Juan M., ob cit, pág 11.....el autor afirma que “los remedios jurídicos en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se le niega al socio la responsabilidad limitada”, ob. Cit., pag 12

Por su parte, Cabanellas¹⁸ sostiene que la personalidad societaria se fundamenta en un conjunto de reglas que determinan las conductas que se imputan a la sociedad como personas jurídica. En virtud de ciertas normas que alteran tal atribución, los efectos generales de esas reglas pueden verse modificadas, pasando a imputar las conductas que normalmente serían atribuibles a la sociedad como persona jurídica, a otras personas físicas o de existencia ideal, como pueden ser sus socios u otras personas que controlan la sociedad. De manera que esta modificación de las reglas en materia de imputación, propias de la personalidad societaria, es denominada desestimación de la personalidad societaria.

El jurista americano Wormser, procurando extraer un concepto para esta doctrina (conocida en Estados Unidos como disregard of the legal entity), afirma con acierto que cuando el concepto de persona jurídica (corporate entity) se utiliza para defraudar a los acreedores, para sustraerse de una obligación existente, para desviar la aplicación de la ley, para constituir o conservar un monopolio o para proteger facinerosos o delincuentes, los tribunales pueden prescindir de la personalidad jurídica y considerar que la sociedad es un conjunto de hombres que participan activamente de los actos societarios, justificándose entonces considerar que se trata de un negocio convenio entre personas reales.¹⁹

Por consiguiente, el término "abuso de la personalidad jurídica" sería entonces la causa de ese remedio, y no su efecto. Aquello significa que de ocurrir el abuso de la personalidad pueda llegarse a aplicar un remedio jurídico que conlleve el allanamiento de esa personalidad, pero también podrá aplicarse un remedio jurídico que no genere ese resultado.²⁰

En cuanto a la terminología que se utiliza por parte de la doctrina para llamar a esta figura jurídica, ésta es muy variada, se habla de "desestimación de la personalidad jurídica", "superación de la personalidad", "redhibición de la personalidad", "limitación de la personalidad", "penetración de la persona jurídica", "prescindencia de la persona

¹⁸ Cabanellas, ob. Cit., pag 66

¹⁹ Wormser, citado por López Mesa, Marcelo J y Cesano, José Daniel, ob. Cit., pag 113

²⁰ Dobson, Juan M., ob. Cit., pag 14

jurídica”, “allanamiento de la persona jurídica”, “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, “levantamiento o corrimiento del velo societario”, entre otras.

El “levantamiento del velo societario” o “desestimación de la personalidad societaria”, es aquella en la que se centra este trabajo, y se trata de una modalidad dentro de la figura más amplia del “levantamiento del velo de la persona jurídica” o “desestimación de la personalidad jurídica”. La primera es simplemente la aplicación de la doctrina en relación con las sociedades. La desestimación de la personalidad jurídica se basa así en reglas generales que son aplicables a todo tipo de personas jurídicas, y entre ellas a las sociedades, y en reglas específicas referidas exclusivamente a la personalidad jurídica de las sociedades.

El tratadista Guillermo Julio Borda, define en su obra citada algunos de esos términos. Dice que se ha entendido por allanamiento de la personalidad jurídica a la prescindente que se hace de su estructura para así responsabilizarla jurídicamente tanto a ella, como a quienes la integran y la utilizan en perjuicio de terceros o en fraude a la ley. En cuanto a la desestimación de la personalidad jurídica, sostiene que no implica invalidar todos los efectos de la personalidad sino que simplemente en determinados casos no se la tiene en cuenta, para así identificar la figura de la sociedad con la persona del socio.

Finalmente, en relación a la inoponibilidad, no representaría una alteración al régimen de responsabilidades de los socios, sino que lo se intenta es proteger al tercero de buena fe sin afectar, en principio, la normal actuación de la sociedad, tanto presente como futura, permitiendo así que no se oponga, en una situación jurídica determinada, una personalidad diferencia con el tercero damnificado. Entre los principales autores²¹ que utilizan este término destacamos a Manóvil, para quien la inoponibilidad de la personería jurídica societaria permite atribuir relaciones jurídicas, pasivos de los mismos. Por su parte Gulminelli afirma que el gran mérito del instituto de la inoponibilidad consiste en <<la oxigenación>> del derecho al permitir involucrar a quienes la utilizan torpemente, ocultos tras la pantalla societaria.

²¹ Manóvil y Gulminelli, citados por Borda, Guillermo Julio, ob. Cit., pags 43 y 44

En relación a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, Efraín Richard²² sostiene que no debe confundirse la atribución de responsabilidad a socios, administradores o terceros por las obligaciones de una sociedad por el obrar abusivo de aquellos, con la literalidad de la desestimación de la personalidad jurídica. Es decir, se trata de un problema de imputación a terceros por su obrar ilegítimo que no afecta la personalidad de la sociedad, o en otras palabras, un problema de responsabilidad, debiendo simplemente correr el velo del ente personificado para conocer qué personas son las que se ocultan o actúan indebidamente detrás de ella.

En el derecho suizo o alemán, desestimar la personalidad implicaría traspasar los límites de la responsabilidad limitada de los socios, sin afectar la calidad del sujeto de derecho y el centro de imputación diferenciada, mientras que en el derecho argentino aparentaría que desestimar la personalidad implica desestimar el principio de división patrimonial y no meramente la atribución de responsabilidad.

En conclusión, las expresiones *disregard of the legal entity*, desestimación de la personalidad, superación de la personalidad, redhibición de la personalidad, inoponibilidad de la personalidad jurídica, descorrimiento del velo, etc., tal como lo señala Richard, son "fórmulas omni-comprendivas del uso abusivo del medio técnico persona jurídica por los controlantes, conforme múltiples manifestaciones, doctrinas de los autores, jurisprudenciales o receptadas normativamente, que tienden a paliar los efectos dañosos producidos por ese obrar antijurídico, con efectos y fundamentos diversos según el caso o la óptica".²³

²² Richard, Efraín H. y otros autores, *Responsabilidad y Abuso en la Actuación Societaria*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 299....el referido autor expresa que la terminología está vinculada al viejo criterio en torno a la personalidad jurídica, que implicaba la generación de una impermeabilidad patrimonial absoluta, que impedía acceder al patrimonio de los socios de la nueva persona,... "a la postre no importa como la doctrina o la ley denomine una técnica, lo importante y lo califica es qué efectos produce", ob. Cit., pág. 302

²³ Richard, Efraín H. y varios más, *Responsabilidad y Abuso en la Actuación Societaria*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 303.... Sostiene dicho autor que la "la inoponibilidad permite adjudicar relaciones jurídicas, obligaciones y derechos a otros sujetos, eu en definitiva son los titulares de tales activos o pasivos. Lo que permite colegir

III.2.- La postura de Rolf Serick.-

El profesor alemán de la Universidad de Heidelberg, Rolf Serick, fue el autor de la obra quizás más influyente en el campo de la desestimación de la personalidad jurídica, "Apariencia y Realidad de las Sociedades Mercantiles. El Abuso de Derecho por medio de la Persona Jurídica", la cual fue traducida al español por el tratadista José Puig Brutau (Ariel, Barcelona, 1958). Dicho autor, para abordar el estudio del tema, parte del análisis de la doctrina del disregard of the legal entity formulada años atrás por la jurisprudencia norteamericana.

Sostiene Boldó Roda²⁴ que Serick plantea la posible utilización de la doctrina del disregard of the entity pero bajo un diferente sistema, a pesar de la semejanza de su fin, que lo denomina "penetración a través de la forma de la persona jurídica". De esta manera, la decisión de desestimar o no la forma de la persona jurídica han de basarse en un examen de la realidad, y de la constatación de la existencia de un abuso de esa forma, lo que no implica negar la personalidad jurídica, sino negarla en el caso en concreto por falta de adecuación a la realidad.

La separación patrimonial ente la sociedad y los socios así como la limitación de la responsabilidad son elementos indispensables de las sociedades comerciales, tanto en Alemania como en el resto de ordenamientos jurídicos, y así lo ha entendido Serick, por esa razón se plantea que la cuestión clave será determinar cuándo se puede prescindir de la estructura formal de la persona jurídica para penetrar a su sustrato y llegar hasta sus miembros; de manera que considera admisible quebrantar aquellos principios sólo en aquellos casos en que de no hacerlo se producirían resultados injustos. Consecuentemente esos elementos que forman parte de la esencia de la sociedad mercantil podrán ser vulnerados excepcionalmente.

Debido a ello Serick agrupa en tres grandes categorías las manifestaciones más frecuentes que pueden revestir los supuestos de

que la inoponibilidad produce una privación parcial de los efectos de la personalidad sólo frente a terceros, particularmente, al tercero al que concierne la aplicación de la norma", ob. Cit., pág 304.

²⁴ Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y..., pág 48

abusos de la persona jurídica, siendo éstas el fraude a la ley, la violación de obligaciones contractuales y el perjuicio fraudulento a terceros. Sin embargo, también hace referencia el autor a algunos supuestos que pueden darse de las relaciones entre una sociedad controladora y su filial. En base a dichas manifestaciones –que al parecer del referido autor son las que se presentan con mayor intensidad-, Serick elabora las reglas fundamentales que posibilitan penetrar en el sustrato de la persona jurídica, basándose para ello principalmente en la tesis del derecho angloamericano. Esas reglas se sintetizan en la burla de una disposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros, existe abuso de la personalidad jurídica”.²⁵

En cuanto al fraude a la ley por medio de una persona jurídica, este se da cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto. La ley puede quedar burlada con la utilización de una sociedad cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquella para lograr eludir el mandato legal, bien sea si la sociedad ya existía o si sólo fue creada para tal fin.

En lo que respecta al fraude de contrato o al quebrantamiento de obligaciones contractuales, se trata de aquellos casos en que a través de la sociedad puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de sus socios. Un supuesto en que se produciría aquel tipo fraude sería por ejemplo cuando dos personas se comprometen frente a una tercera a no realizar actos similares frente a otras personas; pero para evitar tal compromiso los dos primeros constituyen una sociedad a fin de que se realicen los actos que a los socios están impedidos a título personal. En otras palabras, José y Pedro se obligan con Luís a no realizar determinado acto, sin embargo luego resulta que el mismo acto lo realiza la sociedad “X”, cuyos socios son José y Pedro. La sociedad “X” ha sido creada con la finalidad de burlar el contrato celebrado con Luís.

Además existen otros supuestos de quebrantamiento de obligaciones contractuales con la utilización de una sociedad cuando por ejemplo cuando mediante un contrato las partes quieren evidentemente

²⁵ Serick, citado por Dobson, Juan M., ob., pág 19

alcanzar un fin perfectamente determinado, pero luego encuentran una forma, a base de recurrir a la estructura formal de una sociedad, que le permite a una de ellas librarse de las consecuencias del contrato.

La sociedad fue utilizada en ambos casos para obtener un resultado que quebranta lo expresamente lo prometido o lo que sin duda se procuró buscar. Pero lo decisivo aquí es que si bien es cierto que formalmente la nueva persona jurídica es diferente de la des sus integrantes, no es menos cierto que también dicha sociedad fue constituida al solo efecto de burlar la prohibición contractual. De manera que la invocación de que el socio ha abusado de la persona jurídica para obtener algo que le está impedido, permite penetrar en ella a efectos de impedir la maniobra fraudulenta. La prohibición de competencia constituye uno de los casos más comunes que se presentan. En general, la categoría de la que forman parte estos supuestos, se trata del incumplimiento de obligaciones de no hacer (negativas) por medio del uso de una sociedad.²⁶

Finalmente en relación al daño fraudulento a terceros, hay casos en los que mediante la utilización de la sociedad se provoca perjuicio a terceros. Uno de los casos que Serick considera más relevantes se refiere al préstamo o mutuo a favor de la sociedad, ya sea que ésta pertenezca a un solo socio o a varios pero concentrado en uno sólo la mayor participación y por ende su control.²⁷

²⁶ Para Serick "habría que distinguir entre dos situaciones distintas. En primer lugar, el caso de una persona jurídica que se haya obligado a no hacer competencia y luego resulte que uno de sus socios emprende personalmente los negocios que la persona jurídica no puede realizar. Es este caso, según el autor, la invocación de que ha existido abuso de la persona jurídica no permite prohibir al socio dicha actividad. Quien contrata con una persona jurídica sabe de antemano que no entra en relación contractual con sus socios. Con ello resulta que el socio no viola ninguna obligación de la persona jurídica cuando realiza algo que ésta tiene prohibido. Por el contrario si se trata de que una persona natural ha contraído determinada obligación de hacer o no hacer, no puede sustraerse al vínculo por el hecho de que intente ocultarse detrás de una persona jurídica", transcrito de la obra de Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y..., pág 75

²⁷ En estos casos Serick dice se "se comienza con la fundación de una persona jurídica cuyo capital original es demasiado pequeño para los negocios planeados. El prestamista, en realidad titular y dominador de la empresa, entrega luego el capital que la sociedad necesita a título de préstamo, con lo que se atribuye el papel de acreedor en el caso de

Otro ejemplo de un supuesto dentro de esta categoría que permite aclarar el tema es el siguiente que nos presenta Borda²⁸, si un señor "Y" celebra un contrato con una persona jurídica y al mismo tiempo ha sido objeto de un engaño doloso por parte de los socios, se plantea si "Y" puede impugnar el contrato celebrado aunque el gerente de la persona jurídica haya procedido de buena fe. Los socios de la persona jurídica ¿son terceros y quedan excluidos si el administrador no conocía tal hecho?. Evidentemente los socios concedores del engaño se valen de la figura de la persona jurídica para obtener un resultado, que de haberlo sabido "Y" no lo habría consentido, razón por la cual al igual que en otros casos es procedente penetrar en la persona jurídica.

Como señalábamos anteriormente, Serick es su obra se refiere además a algunos supuestos que surgen de las relaciones entre una sociedad dominante y su filial, es decir, dentro del entrono de los grupos de sociedades. En vista de la íntima relación entre sociedad controladora y su filial se plantea si las sociedades dependientes pueden ejecutar actos o ejercitar derechos que una norma prohíba a la persona jurídica dominante, independientemente si se trata o no de una situación constitutiva otorgue a semejante prohibición normativa, y principalmente si su finalidad prohíbe que incluso de manera indirecta se impida su eficacia, como sería el caso si se utilizara una sociedad independiente para ello.

Existen otros casos que cita Serick, como aquellos en que una persona jurídica dependiente es utilizada como testafarro por parte de la dominante para alcanzar finalidades ilícitas.

Serick²⁹ afirma que las personas jurídicas dominantes y dependientes deben ser tratadas como una unidad cuando, de lo contrario, no podría lograrse la finalidad de una norma de Derecho de Sociedades que exija especial atención por la importancia que el legislador le haya atribuido. Si, por el contrario, nos encontramos frente a otras normas que, aunque pertenezcan al Derecho de Sociedades, carecen de una finalidad

fracasar los negocios y tiene la posibilidad de hacer valer su derecho sobre el patrimonio de la sociedad en concurrencia con los demás acreedores", transcrito de la obra de Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y..., pág 76

²⁸ Borda, Guillermo J., ob., pág 61

²⁹ Serick, citado por Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y..., pág 77

que merezca tal protección, solo podrá penetrarse hasta el sustrato de la persona jurídica cuando se cumpla la regla general, es decir, cuando existe un abuso de la persona jurídica.

De manera primordial Serick procuró establecer el fundamento teórico de la doctrina de la penetración, así como la determinación de los principios que rigen la aplicación del instituto, los cuales no podían ser de carácter general como el de la buena fe, ya que aquello constituía un peligro que podía derivar en la generalización del remedio de la desestimación de la personalidad jurídica. Es debido a ello que el tratadista alemán establece que el criterio aplicable en sus reglas se fundamentan en la institución del abuso del derecho, reglas que procuran determinar los límites dentro de los cuales es admisible prescindir de la forma de la persona jurídica. De manera que, aquel criterio decisivo para prescindir de la forma de la persona jurídica, Serick lo ubica en la utilización abusiva de ésta para dejar burlado un precepto legal.

Por su parte Dobson³⁰ se refiere a la concepción ideológica promovida por Sherick, que estima que la desestimación o prescindencia de la personalidad jurídica es un capítulo del abuso del derecho, entendiendo que la persona jurídica puede ser allanada en dos supuestos, el primero cuando se la "utiliza abusivamente", y el segundo para los fines de "enlazar determinadas normas con las personas jurídicas". Además con relación al tema recalca que la teoría general del abuso del derecho podrá ser utilizada en todos los casos en que los remedios específicos previstos por el derecho general para resolver un caso determinado no sean suficientes para lograr el resultado de justicia que se persigue. Esta solución permite sostener que la aplicación de la teoría del abuso del derecho sea enteramente subsidiaria a la existencia de otro remedio jurídico predispuerto por el derecho para el caso que se intenta solucionar.

Sobre la base de aquellos supuestos, Serick³¹ elabora las reglas fundamentales que dan la posibilidad de penetrar hasta el sustrato de la sociedad como persona jurídica:

³⁰ Dobson, Juan M., ob cit, pags 21 y 24

³¹ Transcrito de la obra de Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y..., págs 80 a 82

- 1.- Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartar para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios.
- 2.- No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de la norma o de un negocio jurídico.
- 3.- Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a esta clase de personas.
- 4.- Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal sino verdaderamente efectiva.

En definitiva, Serick no trata en modo alguno de dar formulación al concepto de persona jurídica, tan sólo se limita a ordenar con un criterio comparativo los casos en que una decisión judicial debe alcanzar a los miembros de la sociedad. Sostiene el referido autor que la persona jurídica "no es un fenómeno natural previamente dado, sino una figura ideal para la persecución de determinados fines jurídicos, lo que permite inferir su elasticidad"³². Serick llega a la conclusión de que la personalidad de las personas jurídicas tiene carácter relativo y que la penetración a su sustrato tendrá siempre carácter excepcional.

Las críticas a la posición del tratadista alemán aparecieron enseñada, tratadistas observan que el mismo resultado que Serick predica a través de la desestimación de la personalidad jurídica se habría alcanzado en la jurisprudencia anterior a través de la invocación de la buena fe, la fuerza de los hechos, la naturaleza de las cosas, las exigencias de las cosas, etc. sin embargo, Serick defiende enérgicamente su tesis del abuso

³² Serick, citado por Boldó Roda, Carmen, en su obra *Levantamiento del Velo y...*, pág 82

de la persona jurídica frente aquellas decisiones judiciales dictadas en base a dichos principios.

III.3.- Críticas a la doctrina del levantamiento del velo y nuevo concepto de persona jurídica.-

La compleja y extrema dificultad que constituye la formulación de un criterio rector firme que indique qué casos puede prescindirse o no de la forma de la persona jurídica, ponen al descubierto la fragilidad de esta doctrina. Dicha dificultad es fuente de incertidumbre, lo cual amenaza directamente al principio de seguridad jurídica, razón por la cual se señala que esta doctrina tiene que aplicarse de forma excepcional.³³

Quien encabeza la corriente más crítica con esta doctrina es Ascarelli, cuya postura más bien consiste en la r4evisión o reformulación del concepto de persona jurídica, ya que a su juicio esa es la única vía para superar la incertidumbre.

Por su lado, la doctrina del levantamiento del velo continúa fiel a su concepción ideológica de que la persona jurídica es sujeto de derechos independientes y distinto de los miembros que la integran y de ahí que ésta señale la necesidad de otorgar el carácter excepcional a los supuestos en que es posible prescindir de la personalidad jurídica, pero para ello debe recurrir –como dice el referido tratadista oponente a esta teoría- a las nociones, vagas y difusas de fraude de ley, abuso de derecho y buena fe, a efectos de justificar lo que sería un posible atentado contra la seguridad jurídica.

Ascarelli³⁴ afirma que este planteamiento no puede explicar claramente por qué en algunos casos se mantiene y en otros se supera el

³³ Polo, citado por Boldó Roda, Carmen, en su obra Levantamiento del Velo y..., pág 49

³⁴ Ascarelli, citado por Boldó Roda, Carmen, en su obra Levantamiento del Velo y..., pág 50.... El citado autor, quien es el más ilustre representante de la doctrina normativista de la persona jurídica, sostiene que con la expresión "persona jurídica" se hace referencia sólo a una forma de expresar una determinada disciplina normativa que, a su vez, es siempre resoluble en una normativa concerniente a los actos de los hombres, en una normativa que concierne a las relaciones entre ellos, ob. Cit., pág 56.

esquema de la personalidad jurídica; por otra parte no tiene sentido el sostener que la desestimación de la personalidad jurídica constituye una excepción. Si se poseen conceptos claros sobre el valor instrumental de la personalidad jurídica y sobre la función que el instituto está llamado a cumplir, carece de sentido el sostener el pretendido carácter excepcional de los casos en que debe hacerse caso omiso de él. Desde esta posición doctrinaria, se debe reformular el concepto de persona jurídica.

En similar corriente de pensamiento se encuentra la postura de Galgano³⁵, para quien la técnica del levantamiento parte de la concepción

Para Ihering persona jurídica "es en el lenguaje jurídico algo análogo al paréntesis en el lenguaje algebraico", citado por Boldó Roda, ob. Cit., pág 56.

Para Kelsen los conceptos de persona física y jurídica constituyen únicamente construcciones auxiliares de la ciencia jurídica, personificaciones de un complejo de derechos y obligaciones, entiéndase, de normas jurídicas; consecuentemente, la persona física no coincide biológicamente con el hombre. Y como además el Derecho regula sólo comportamientos humanos, los derechos y deberes de la persona jurídica no son sino los derechos y deberes de los individuos...citado por Boldó Roda, ob. Cit., pág 65.

³⁵ Galgano, citado por Boldó Roda, Carmen, en su obra Levantamiento del Velo y..., pág 51... el citado autor expresa además que así como Savigny consideraba que el Derecho podía fingir que el ente ideal era un sujeto diferente de sus miembros, en el levantamiento del velo el Juez puede fingir que la sociedad, en determinados supuestos, no es un sujeto distinto de sus accionistas. Y por eso se pregunta "¿por qué mantener este inútil engorro conceptual? ¿por qué fingir como verdadero aquello que inicialmente se suponía verdadero?". Además critica dicho autor que esta doctrina no ha sabido formular un criterio firme en base al cual se puede discernir cuándo debe ser respetada la personalidad jurídica de la sociedad y cuánto deba ser levantado el velo de la persona jurídica. Dice además Galgano, que el problema de la persona jurídica no es ya definir su esencia, sino el de "la determinación de las condiciones de uso del concepto persona jurídica". Y en ello se sustenta para difundir su tesis, la cual enseña que "la persona jurídica deja de presentarse así como un <<velo>> que el Derecho ha interpuesto entre los miembros del grupo y los terceros y que sólo la equidad puede, en casos excepcionales eliminar; un velo frente al cual debe detenerse el intérprete, que debe juzgar según el Derecho"...y continúa diciendo al respecto que "el intérprete se servirá del concepto de persona jurídica, en conformidad con el resto del lenguaje normativa, pero podrá, cuando lo considere oportuno remontarse a las normas jurídicas que son las <<condiciones de uso>> de este instrumento lingüístico. Descubrirá que <<abusar de la persona jurídica>> significa, técnicamente, disfrutar de la disciplina especial en situaciones diversas de aquella que justifica su aplicación: significa disfrutar de la exención de Derecho común más allá de los límites dentro de los cuales el legislador había intentado constreñirla", ob. Cit., págs 51 a 53.

tradicional de la persona jurídica como un sujeto distinto de derecho. Basándose en la idea de que efectivamente la persona jurídica es distinta de los miembros que la conforman, se finge que en algunas ocasiones no es así y que los derechos y obligaciones de la persona jurídica son derechos y obligaciones de las personas físicas de sus miembros, como consecuencia de exigencias de equidad y de justicia.

En este punto radica esencialmente la crisis del concepto de persona jurídica, en toda su extensión. Y la exigencia de reprimir los abusos sólo se cumplirá en base a la equidad y no el Derecho, debido a ello es que la técnica fue poco utilizable por los jueces y no el Derecho, debido a ello es que la técnica fue poco utilizable por los jueces continentales cuyos sistemas legales no correspondían al mismo que el angloamericano.

III.4. Antecedentes históricos de la doctrina en el derecho comparado.-

Para poder comprender cualquier institución jurídica es preciso recurrir o trasladarse a sus raíces, pues al realizar un breve retroceso en el tiempo nos permite descubrir las causas que dieron origen y marcaron su evolución, a efectos de lograr comprender su actualidad y proyectar su futuro.

A pesar de que el primer caso en el cual se dispuso la desestimación de la personería societaria fue juzgado en el año 1897 en Londres (caso Salomón v Salomón & Co.), la doctrina como tal tuvo su verdadero génesis en el derecho norteamericano debido al uso indebido que le dieron a las corporaciones durante la época del capitalismo industrial, pues se la comenzó a utilizar para fines ilegítimos y no para aquellos que motivaron su creación, fundamentándose la aplicación de esta doctrina en la equidad, permitiendo correr el velo de la persona jurídica, a fin de llegar hasta la persona física de los socios cuando éstos se aprovechaban del ropaje societario para ocultarse tras éste y cometer actos fraudulentos por medio de la sociedad.

Esta doctrina se la conocería luego tanto en el sistema inglés como en el norteamericano bajo la denominación común del "disregard of the legal entity" (desestimación de la persona jurídica) o lifting of the corporate veil (levantamiento del velo societario).

i) El levantamiento del velo en el derecho anglosajón.-

La teoría del disregard of the legal entity se desarrolla en el derecho inglés sobre los pilares de la equidad y del fraude. Esta doctrina es utilizada tanto por los tribunales de equidad como por los derechos, sin perjuicio de lo cual en el derecho anglosajón es una aplicación de los principios y procedimientos de equidad.³⁶

En cuanto a la equidad, ésta tiene tal trascendencia, que ningún tribunal, ni órgano judicial alguno podrán prescindir de la verdad de los hechos en la tarea de juzgar, y por ello deberá perseguir el desenmascaramiento que permitirá al juzgador observar la verdad oculta tras la personalidad jurídica del ente. La equidad es uno de los principales aspectos que caracteriza al derecho anglosajón, constituyendo un régimen accesorio y contrapuesto al del common law, con sus propias reglas y su propia jurisprudencia. La rigidez formalidad del sistema del common law viene dada por el poder que tienen los jueces de crear Derecho.

Dobson³⁷ afirma en su obra, que la equidad está situada dentro del sistema jurídico inglés como un régimen de carácter supletorio, que se integra y complementa de forma accesorio al common law. Como regla general, un tribunal de equidad sólo puede asumir su competencia frente a un caso, cuando exista un daño irreparable de otra manera. Y un daño resulta irreparable cuando el tribunal de derecho no concede amparo alguno, o cuando el amparo ofrecido es inadecuado o injusto. Sostiene además que luego de la unificación procesal, ambos sistemas fueron aplicados por un procedimiento y juez únicos. En materia de procedimientos, por su sencillez y menor formalidad, prevalecerán las de equidad³⁸.

La mayor cantidad de problemas que requieren la aplicación del disregard consisten en la insolvencia de la persona jurídica y la existencia de bienes en manos de terceros que pretenden, por la vía de la utilización

³⁶ Dobson, Juan M., ob. Cit., pág 135

³⁷ Dobson, Juan M., ob. Cit., pág 121

³⁸ Dobson, Juan M., ob cit, págs 123 y 125

de la forma societaria, burlar su responsabilidad. El procedimiento que utilizan estos jueces de concursos es también la equidad, por lo que de ahí deriva la prescindencia del jurado y sus sentencias son, a todos los efectos, consideradas como sentencias de equidad³⁹.

En lo que respecta al fraude, en el derecho inglés está referido a la idea de falsear la realidad para inducir a una persona a realizar una acción o de un derecho sin que tenga correspondencia con lo real o verdadero. La concepción del fraude en el derecho anglosajón es bien distinta a la nuestra, ya que es un concepto más amplio que comprende instituciones como la simulación y el dolo.

Según explica Dobson⁴⁰, el fraude en su sentido más amplio y genérico abarca "cualquier hecho destinado a engañar", incluyéndose en ese concepto todos los actos, omisiones, y ocultamientos que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad, o algún fideicomiso o relación de confianza debidamente otorgada que resulte en un perjuicio a tercero.

ii) Primer caso de aplicación de la doctrina.-

La doctrina ha atraído poca atención en Inglaterra, al contrario de lo sucedido en los Estados Unidos. Recién hace poco ha comenzado a despertar el interés para ser tratada por la doctrina inglesa.

A pesar de ello, fue dentro del sistema jurídico anglosajón donde se aplicó por primera ocasión esta teoría. El primer fallo registrado en los tribunales ingleses respecto a esta materia data de 1897, y tiene relación con el principio de personalidad jurídica separada de la sociedad, que se manifestó en un famoso caso llamado "Salomón v. Salomón & Co. Ltd", de valioso precedente jurisprudencial, cuya síntesis extraída de la obra de Boldó Roda se transcribe a continuación:

"Aarom Salomón se había dedicado durante algunos años a la trata de pieles y la manufactura de botas. Decidió constituir una sociedad que adquiriese

³⁹ Dobson, Juan m., ob cit, pags 133 y 134

⁴⁰ Dobson, Juan M., ob. Cit., pag 141

su negocio, sociedad formada por el mismo y seis miembros de su familia, ostentando estos últimos tan solo una acción cada uno. Después de que él y dos de sus hijos fueran nombrados administradores, se firmó el contrato para la venta del negocio a la sociedad. El precio fue de 38.000 libras, y las acciones, salvo las seis correspondientes a los demás socios fundadores, pertenecían a Salomón en la parte correspondientes a los demás socios fundadores, pertenecían a Salomón en la parte restante, hasta el número de 20.000. El negocio no prosperó y cuando la sociedad, un año después fue liquidada, su pasivo (incluida la deuda de las obligaciones) excedía de su activo en 7.733 libras. El liquidador que representaba a los acreedores no privilegiados de la sociedad, adujo que el negocio era, en realidad, todavía, el negocio de Salomón, y que la sociedad contraídas en el ejercicio de su actividad empresarial. De esta forma, Salomón tendría que ser obligado a satisfacer las deudas de la sociedad y su crédito por las obligaciones suscritas debía ser pospuesto hasta que los otros acreedores de la sociedad fueran satisfechos.

En los tribunales, el juez Vaughan se mostró conforme con el planteamiento del liquidador. Sostuvo que los suscriptores del negocio fundacional distintos a Salomón eran meros testaferros, y que el solo propósito de Salomón al formar la sociedad fue usarla como un <<agente>> que hiciera negocios por él. El tribunal de apelación llegó a la misma conclusión, aunque por medio de otro razonamiento. Sostuvo que las Companies Acts intentaban conferir el privilegio de la responsabilidad limitada sólo a los genuinos accionistas independientes que aportaban su capital para comenzar una empresa, y no a un hombre que, en realidad, era el único propietario del negocio, y que sólo se dedicó encontrar seis testaferros junto con los que cumplir las formalidades de constitución de la sociedad. En consecuencia, Salomón había constituido su sociedad con un propósito contrario a la ley. El tribunal no pudo sostener la falta de constitución porque la emisión del certificado de constitución era la evidencia concluyente de que la sociedad había sido constituida, pero pudo contentar a los acreedores de la sociedad obligando a Salomón a indemnizar a la sociedad y a contribuir al activo de la misma con una cantidad suficiente para satisfacer sus deudas.

Por último la cámara de los Lores revocó por unanimidad los fallos del juez Vaughan Williams y del Tribunal de apelación, y sostuvo que Salomón no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, que las obligaciones fueron válidamente emitidas y que el derecho de garantía que pesaba sobre el activo de la sociedad era efectivo contra ésta y sobre los acreedores. La cámara no tuvo en cuenta el propósito de Salomón al fundar la sociedad, ni la forma en que ésta se

*formó, razones esgrimidas por el Tribunal de apelación, ni la tesis del juez Vaughan Williams que sostenía que la sociedad debía ser tratada como un <<agente de Salomón que era quien verdaderamente llevaba el negocio>>*⁴¹

Como hemos podido observar, en el fallo relatado se ha aplicado el principio de la personalidad jurídica y de la responsabilidad patrimonial separada de la sociedad, lo que originó su continua aplicación y por completo en el derecho inglés.

Pero a partir del caso Salomón se dejaron sentadas las bases de la teoría del disregard y años más tarde, por 1916, ese antecedente permitió que se hiciera uso de esta técnica. Las primeras resoluciones jurisprudenciales en esta materia surgen en relación con la nacionalidad, y, a excepción de una, todas se refieren a los períodos de guerra, estando involucrados nacionales de países enemigos.

El primero de los casos de la llamada "jurisprudencia de guerra", es el caso *Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre & Rubber Co.*, que se planteó durante la Primera Guerra Mundial (1914-1918) en relación a una sociedad constituida en Inglaterra cuya totalidad de acciones –salvo una– pertenecían a nacionales alemanes residentes en Alemania. *"El demandado alegó que la sociedad era enemiga y que, por tanto, no podía ser demandada sin autorización de la Corona. La Cámara de los Lores mantuvo esa posición desconociendo el hecho de la nacionalidad británica de la sociedad por haberse constituido en Inglaterra, y atendiendo, sin embargo, al hecho de quien detentaba el control de la sociedad y de su activo para determinar su condición de enemiga"*.

Posteriormente a ello, en ciertos casos excepcionales y ya apartándose del carácter restrictivo, los tribunales han visto la posibilidad de correr el velo, pero existiendo señales bastante favorables. Es recién a partir de 1990, en el caso *"Adams vr. Cape Industries Plc."*, que esa tendencia se ha modificado, ya que los tribunales ingleses aplicaron el disregard al tratamiento más extensivo que se le ha dado, y se sienta el

⁴¹ Fallo transcrito de la obra de Boldó Roda, *Levantamiento del Velo y...*, pag 136

criterio según el cual por razones de equidad está justificando el levantamiento del velo de la personalidad jurídica.⁴²

De esta manera ha quedado claro que el derecho inglés presta mayor atención a la realidad que a las formas legales con que las sociedades se revisten.

iii) El “disregard of the legal entity” en los Estados Unidos de América.-

Como se lo señaló anteriormente, las primeras manifestaciones que conformarían la doctrina del “disregard of the legal entity”, surgen dentro del sistema jurídico angloamericano, por medio de la cual el juez puede, en casos concretos, descender el velo que separa a la persona ideal de las personas físicas miembros o no de la sociedad que se ocultan tras ella y la utilizan fraudulentamente.

Si bien la doctrina del disregard of legal entity surgió en los Estados Unidos jurisprudencialmente, se consolidó al ser receptada en la legislación positiva en forma definida y sistematizada. La recepción legislativa les dio a los jueces americanos una herramienta necesaria y suficiente para imputar a la responsabilidad personal de empresarios aventureros, los perjuicios ocasionados por éstos a terceros en beneficio propio, utilizando disfuncionalmente para ello una persona jurídica que respondía a sus órdenes.

⁴² El resumen de los hechos del caso realizado por Coger es el siguiente: “lo que el tribunal tenía que juzgar es si las sentencias obtenidas en los Estados Unidos contra Cape, una sociedad inscrita en Inglaterra cuya actividad consistía en la explotación de minas en Sudáfrica y su comercialización por todo el mundo, podían ser reconocidas por los tribunales ingleses. En ausencia de sumisión a la jurisdicción extranjera, esto dependerá de si Cape podía ser considerado como <<presente>> en EEUU. El tribunal sostuvo que los tribunales ingleses no tratarían a una sociedad mercantil constituida bajo la ley de un país como <<presente>> dentro de la jurisdicción de otros a menos que (i) haya establecido y mantenido a su propio cargo un lugar fijo para el ejercicio de su actividad allí, y por más de un tiempo mínimo haya continuado con sus negocios allí por medio de sus empleados o agentes o (ii) su representante haya continuado en los negocios por más de un tiempo mínimo allí o desde un lugar fijo”...transcrito de la obra de Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y..., pág 138

En estas circunstancias excepcionales, que suponían una situación de abuso de la forma societaria, los tribunales desconocieron la personalidad jurídica de la sociedad y el privilegio la responsabilidad limitada que la acompaña, y extendieron la responsabilidad al socio dominante por las deudas de la sociedad. Esta teoría se denominó "disregard of the legal entity doctrine" o, "piercing the corporate veil" como la bautizó en el año 1912 el jurista americano Wormser.

El primer caso en que los tribunales aplican la doctrina en dicho país, y del cual hay constancia, data de 1809, se trata de *Bank of the United States v. Deveaux*, en que el juez tuvo que necesariamente llegar hasta los individuos que conformaban la sociedad para tomar su decisión.⁴³

Al referido caso le siguieron el caso de "*Harris vs. Youngstone Bridge Co.*" en el año 1898, como así también en el año 1977 el conocido caso de *Mobile Steel*" y el resuelto por el Tribunal Supremo de Texas en 1987, el caso "*Castberry vs. Branscum*", todos ellos dieron forma definitiva a esta teoría en el ámbito jurisprudencial norteamericano. Es más, la doctrina en el caso "*Harris vs. Youngstone Bridge Co.*" sienta las bases de la reformulación de la teoría del disregard, que se refiere a la intolerante relación o vinculación entre la sociedad dominante y la subsidiaria que conduce a un resultado contrario a la equidad.

En un principio tuvo también importantes limitaciones la doctrina del disregard of the legal entity, ya que su aplicación se restringió a los

⁴³ Wormser relata el caso así: "El tribunal Supremo de los EE.UU, desde sus comienzos había proclamado que <<una sociedad, reunión de varias personas, es invisible, inmortal, y su existencia sólo descansa en su reconocimiento por la ley>>. La Constitución Federal, sin embargo, en su artículo 3 sección 2ª limita "internalia" la jurisdicción de los tribunales federales <a las controversias entre "ciudadanos" de diferentes estados>>. En 1809, en el caso señalado anteriormente, el juez Marshall, con la finalidad de preservar la jurisdicción de los tribunales federales sobre las sociedades, se vio obligado a mirar más allá de la entidad <<al carácter de las personas individuales que componían la sociedad>>. El tribunal proclamó que <<sustancial y esencialmente>> las partes del proceso donde intervinieran sociedades eran los socios, y si éstos ostentaban la ciudadanía de diversos Estados, los tribunales federales resultaban competentes para conocer la cuestión"... transcrito de Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y... págs 145 y 146.

casos de fraude o ilegalidad,, que eran los factores tradicionales que determinaban la intervención de un tribunal de equidad. Posteriormente, los tribunales norteamericanos fueron ampliando en concepto, aplicando el instituto cuando la utilización de la personalidad jurídica pudiese llevar a un resultado injusto. Partiendo entonces del concepto de fraude, se extendió el ámbito de aplicación de esta técnica para alcanzar de la misma forma a las situaciones en que pudiera existir “abuso del derecho”.

Esta doctrina presenta ciertas características generales. Una “corporation” se la considera normalmente como una persona separada de sus socios, sin embargo, esta ficción será desconocida y alzado el velo de su personalidad jurídica en los casos apropiados, esto es, cuando la “corporation” ha sido creada con un propósito impropio, o, en definitiva, cuando se ha abusado de la forma societaria. En estos casos, los tribunales levantarán el velo de la sociedad y juzgarán de conformidad con la sustancia y no con la forma, como si la “corporation” no existiera⁴⁴.

El problema principal en toda la temática del levantamiento del velo también se plantea en el derecho norteamericano, como sostiene Wormser⁴⁵ “se trata de cuándo debe respetarse la personalidad jurídica separada, y cuando ésta debe descoserse”. Al respecto, la doctrina propone una regla general: <<cuando el concepto de persona jurídica se emplea para defraudar a los acreedores, para eludir una obligación existente, burlar una norma, conseguir o perpetuar un monopolio o proteger la bellaquería y el crimen, los tribunales dejarán a un lado el velo de la entidad y contemplarán a la sociedad como una agrupación de socios, hombres y mujeres vivos y harán justicia entre personas reales>>.

Conforme sostiene Boldó, dos son las limitaciones que con carácter general pueden establecerse en cuanto a la aplicación de esta doctrina. Por una parte, debe ser utilizada por los tribunales de forma restringida, esto es, advirtiendo que la posibilidad de levantar el velo debe ser ejercitada con precaución y medida y por ende no debe realizarse a la ligera en una sociedad que se encuentre correctamente constituida. La

⁴⁴ Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y ...,pág 151

⁴⁵ Citado por Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y ...,págs 151 y 152

segunda restricción se refiere a la imposibilidad de que se levante el velo en beneficio de los propios accionistas de la sociedad. En general, las reglas relativas al piercing the veil que jurisprudencialmente han venido dictándose, lo han sido en beneficio de aquellos que confiaron en la existencia de la sociedad como una entidad jurídica separada, y por tanto dichas reglas no pueden ser alegados por los mismos accionistas. De este modo, las entidades que deliberadamente han adoptado la forma societaria para conseguir las ventajas que ésta les proporciona, no pueden solicitar que se levante el velo, y, por tanto, se desconozca su existencia, cuando esa situación les sea beneficiosa. Y de igual forma, los socios tampoco pueden escoger cuándo debe respetarse la forma social y cuándo ésta debe ser desatendida.⁴⁶

La teoría en mención ha recibido fuerte crítica de parte de la doctrina norteamericana⁴⁷. En 1926 el juez Cardozo ya describía esta parte del Derecho de Sociedades como “envuelto en las brumas de la metáfora”. Posteriormente las sentencias judiciales sobre el levantamiento del velo fueron descritas con términos como “irreconciliables y no enteramente comprensibles”, “desafiando cualquier intento de explicación racional”, y hasta el extremo de ser calificadas de “caprichosas”.

El punto más relevante planteado en relación con esta materia sigue siendo, como ya quedó aclarado, el saber cuándo debe o puede levantarse el velo. Se dice, que en “los casos apropiados”, pero la cuestión radica en determinar cuáles son éstos.

Como conclusión, Boldó Roda⁴⁸ señala que pocos tribunales americanos siguen las pautas que tratan de señalarse con las listas de supuestos o factores. Se ha apuntado que quizá podría conseguirse salvar la confusión e incertidumbre sobre los casos susceptibles de veil piercing si todos los tribunales se sujetaran a las mismas pautas, lo que además revertiría en una mayor seguridad jurídica y un menor número de litigios. También se ha dicho que en los casos en los que el Derecho o la equidad contemplen otra solución a un problema sin que haya necesidad

⁴⁶ Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y ..., págs 155 y 156

⁴⁷ Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y ..., pág 197

⁴⁸ Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y ...,pág 197

de levantar el velo, los tribunales deberían aplicarla y no hacer uso de la medida extraordinaria que significa derogar el principio de responsabilidad limitada.

iv) El corrimiento del velo en el derecho francés.-

Al igual que en los otros países, en el derecho francés no se encuentra regulada expresamente esta doctrina, pero si existen algunas normas que permiten aplicarla y por lo tanto correr el velo de la sociedad, penetrar en ella, desenmascararla y así determinar si ha sido utilizada ésta para cometer algún fraude a la ley, a los socios o a terceros. Ha sido labor de los jueces la aplicación de esta institución en el derecho francés⁴⁹.

Para ello, los magistrados franceses han basado las soluciones de estos casos en la figura de la simulación absoluta, en el principio de la interposición de persona o bien en la teoría de la apariencia. Como señala Huin⁵⁰, cada vez que los tribunales se encuentran en presencia de sociedades ficticias o de simple fachada, no vacilan en rasgar el velo de la persona jurídica, para ir a investigar la realidad de cada asociado. Al referirse a la personalidad moral, recalca el referido autor, que este instrumento no debe ser utilizado para encubrir fraudes, ni aun simples simulaciones.

En materia de quiebras la ley permite extender la quiebra de una sociedad al dueño del negocio que se simulaba bajo el nombre de aquella. Dobson enseña que la simulación es el más antiguo campo de aplicación de la desestimación de la personalidad doctrinal en el derecho francés, que tuvo su punto de partida cuando su más alto tribunal declaró en el caso <<Mary-Raynaud v. Mailard>> que "el director de una sociedad anónima es un comerciante que puede ser declarado en quiebra, cuando no se ha limitado a cumplir con sus obligaciones como director y ha enmascarado sus operaciones personales como operaciones sociales, por lo que reúne en su propia persona la sociedad bajo la cobertura de la cual se entregara a operaciones de comercio y de bolsa por cuenta propia".

⁴⁹ Borda, Guillermo Julio, ob.cit., pág. 69

⁵⁰ Huin, citado por Borda, Guillermo Julio, ob. cit., pág. 69

Este caso francés resolvió el de una sociedad de pura fachada, o pura máscara, una simple careta, tras de la cual se oculta el verdadero beneficiado con sus actos.

Y expresa además, la sociedad en este caso no tiene así vida propia, con lo que la aplicación de los principios de la simulación resulta ineludible. Estos llevarán a prescindir de la personalidad jurídica de la sociedad y a considerar a la sociedad y a su animador como una sola y la misma persona, no habiendo sino un mismo patrimonio.⁵¹

Sin embargo, ya los casos de la sociedad que ha tenido vida propia implica un paso más adelante en la concepción de la desestimación de la personalidad jurídica y no puede ser resuelto por el derecho francés al tenor de los principios de la simulación. Debido a ello, tal como Dobson⁵² comenta en su obra, años después del anterior caso citado, la doctrina y jurisprudencia francesa tuvieron que también resolver este asunto, y fue en el año 1929 con el caso <<Société des Hôtels de Provence et Autres, Sirey>>, más conocido como "Vidal", donde la corte decidió que "aunque la sociedad haya tenido una existencia propia y una apariencia regular, Vidal no ha sido por ello menos su dueño...; ha ejercido el comercio por su intermedio y debe ser considerado como responsable de sus actos y del pasivo de la sociedad". Consecuentemente, luego del referido caso quedó demostrado en el derecho francés que la solución de estos problemas de sociedades reales, con vida propia, no pueden ser resueltos a la luz de la simulación.

v) El levantamiento del velo en el derecho español.-

La jurisprudencia española tardó en reconocer la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, pues inicialmente el Tribunal Supremo mantuvo para aplicar en aquellas situaciones o supuestos lo que llamaba <<doctrina de terceros>>.

Aquella doctrina de terceros alcanzaba los mismo resultados a los que se llegarían si se aplicase la teoría del disregard. Sin embargo, lo que

⁵¹ Dobson, Juan M., ob.cit., pag 174

⁵² Dobson, Juan M., ob.cit., pags 174 y 175

le falta es una expresa referencia a ella por parte del Tribunal Supremo y una definitiva formulación conceptual.

El más grande jurista español del siglo XX y precursor dentro del derecho español del tratamiento del velo de la personería jurídica fue el maestro Federico De Castro. Se dice que por el año 1949 dicho jurista ya empezó a manifestar su preocupación por los abusos que podrían ser cometidos al amparo del hermetismo de la persona jurídica.

Sin embargo, la influencia de la doctrina elaborada por el tratadista alemán Serick lleva a De Castro⁵³ a profundizar en el tema, quien adoptando una posición radical y terminante afirma que el florecer de las sociedades artificiales, sin contenido real, creación de aventureros o de poderosas organizaciones financieras, nacionales e internacionales, que ocultan sus verdaderas actividades imponiendo o conectando sociedades, en perjuicio a veces de los obligacionistas, de los acreedores, del fisco, del público en general, y también de los mismos accionistas de las sociedades sometidas a control, llevará a que los tribunales se decidan a levantar el velo de la sociedad. Si bien es cierto que aquella implica el abandono de la concepción abstracta de la persona jurídica, no es menos cierto que también supone su efectivo robustecimiento, al liberarla de los abusos que podrían degradarla.

Por su parte, Boldó Roda⁵⁴, entre otros prestigiosos juristas españoles, sostiene que los caminos para fundamentar la teoría del levantamiento del velo societario son las doctrinas de los propios actos, de la buena fe, del abuso del derecho, el fraude a la ley y los daños a terceros. La referida autora manifiesta que puede existir tanto un abuso institucional como personal de la figura de la persona jurídica, es decir, que se trata o bien de una utilización ilegítima del privilegio de la responsabilidad limitada o bien cuando se intenta perjudicar aun tercero con el ejercicio de un derecho, violando el principio de la buena fe. Es decir que es “un verdadero cajón de sastre” donde caben todos los abusos que no se encuadren dentro de otras categorías.

⁵³ De Castro, citado por Borda, Guillermo Julio, ob.cit., pág 70

⁵⁴ Boldó Roda, citada por Borda Guillermo Julio, ob. Cit., pág 71

En esa etapa inicial el Tribunal Supremo ya valora la buena fe y la existencia de fraude, que son dos elementos característicos en la doctrina del levantamiento del velo, pero se tuvo que esperar a una etapa más reciente para ver cómo entra de forma directa el Tribunal en la elaboración de esta doctrina.⁵⁵

En los años 80 ya es formulada la doctrina del levantamiento del velo por el Tribunal Supremo. La primera Sentencia que hace referencia a la posibilidad de investigar el fondo real de la persona jurídica sin detenerse en la forma es la de 8 de enero de 1980⁵⁶, constituyéndose en el precedente doctrinal del que luego va a partir la más perfeccionada construcción jurisprudencial de la teoría del levantamiento del velo, descrita en la sentencia de 28 de mayo de 1984, dictada en reclamación de responsabilidad civil extracontractual.

Para el derecho español la sentencia del 8 de enero de 1980 reviste de mucha importancia ya que por una parte en que en ella se formulan los principios básicos que conducen a la técnica del levantamiento del velo y por otra parte en que el Tribunal Supremo lleva a cabo la penetración en la interioridad de la persona jurídica para sostener precisamente que entre sociedad y accionistas existía una genuina contradicción o dualidad de intereses.

⁵⁵ Pedreira Andrade, citado por Boldó Roda, Levantamiento del Velo y..., pág 219

⁵⁶ Con relación a la sentencia del 8 de enero de 1980, los hechos son los siguientes: "don José P.B., y en representación de la comunidad de vecinos propietarios de la finca <<Hotel Residencia Cantur>> formuló demanda contra la sociedad PROTUCASA sobre reclamación de cantidad. La parte actora reclamaba de la demandada el cumplimiento de condiciones estipuladas en el arrendamiento y diversas cantidades que se le adeudaban como liquidación de cuentas. El Juez de la Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y estimando parcialmente la reconvención. Apela la sentencia, la audiencia, estimado en parte el recurso, revocó en parte la sentencia del juzgado y declaró las diversas cantidades que por los conceptos que se reseñaban adeudaba la parte demandada a la actora. PROTUCASA interpuso recurso de casación, pero el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo"...transcrito de la obra de Boldó Roda, Levantamiento del Velo y..., pág 220

Ahora corresponde referirnos a la fundamental sentencia de 28 de mayo de 1984 que recoge el primer pronunciamiento íntegro de la doctrina del levantamiento del velo.⁵⁷

⁵⁷ Boldó Roda, en Levantamiento del Velo y..., pag 222, relata los principales hechos del caso de la siguiente manera: "los daños cuya indemnización se reclamaba (deterioros de un grupo de apartamentos con la consiguiente imposibilidad de arrendarlos en temporada de verano) se produjeron como consecuencia de unas filtraciones de aguas limpias derivadas de una rotura en la red de abastecimientos de aguas del municipio de Palma de Mallorca; servicio municipal este que el ayuntamiento tenía contratado con la sociedad anónima constituida a tal efecto <<Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado (EMAYA)>> Las filtraciones y consiguientes perjuicios tuvieron lugar en junio de 1977.

La empresa propietaria de los apartamentos, <<Uto Ibñérica, S.A.>> previa reclamación administrativa de fecha 17 de abril de 1978, dedujo demanda de resarcimiento de daños contra el Ayuntamiento de Palma. Posteriormente ante la alegación por parte del Ayuntamiento de falta de legitimación pasiva por tener EMAYA personalidad jurídica propia, <<Uto Ibérica>> dedujo idéntica demanda contra EMAYA previo acto de conciliación celebrado el 23 de febrero de 1979. solicitada por la actora la acumulación de autos, el Juzgado no dio lugar a ella, pero sí la Audiencia en apelación.

El Juzgado de la Primera Instancia desestimó ambas pretensiones. La Audiencia Territorial, en cambio, tras confirmar la decisión del juzgado estimó la pretensión contra EMAYA rechazando la excepción de prescripción alegada por esta entidad.

El Tribunal Supremo desestimó basándose en las siguientes razones:... "que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la constitución (art. 1º .1 y 9º .3) se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe la tesis y práctica de penetrar en el <<substratum>> personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal se pueden perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (<<levantar el velo jurídico>>) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de <<los derechos de los demás>> o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial, de su derecho lo cual no significa ya en el supuesto del recurso que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en la sociedad anónima sujeta al derecho privado, sino sólo constatar a los efectos del tercero de buena fe, cuál sea la auténtica y <<constitutiva>> personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad ex contractu o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, <<quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes>> y menos << cuando el control social efectivo está en manos de una sola

Respecto a dicha sentencia, se afirma que es llamativo que el primer pronunciamiento íntegro de la doctrina del levantamiento del velo haya recaído en un asunto referente a un problema de responsabilidad civil, esto es, “en un terreno en el que no es fácil suponer que la constitución de una persona jurídica como herramienta de actuación de intereses de quien la establece, responda al designio de eludir responsabilidades o imputaciones”⁵⁸

A partir de ese fallo, surgieron valiosos criterios en relación a la sociedad anónima, uno de ellos es que sólo los administradores están legitimados para el pago de las deudas sociales, de lo que conjuntamente con lo anterior cabe deducir una regla implícita en el ordenamiento jurídico español: <<sólo la reclamación hecha a los administradores de una sociedad anónima, y no la hecha a uno de los socios, tendrá virtualidad para interrumpir las prescripción de una deuda social>>⁵⁹.

persona, sea directamente o a través de los testaferros o de otra sociedad>> según la doctrina patria.

Que también en el ámbito de Derecho Administrativo, cuando se habla de los <<entes públicos>> o de gestión (<<mutatis mutandis>>), a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho Privado (sociedades anónimas por ejemplo) según se señala por autorizada doctrina no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por ese derecho de modo instrumental del uso de un procedimiento en el que la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, externamente regida por el Derecho Privado, pero en realidad –internamente- de la pertenencia de la admintsración, tal como en el caso del recurso ocurre y se declara por la sentencia de instancia, en el que, según el contrato, el Ayuntamiento es órgano de la Sociedad Municipal y el Alcalde su Presidente del Consejo, es decir con el poder, siquiera compartido, de gestión de la entidad, circunstancia más que suficiente para no considerar tercero o extraño Al Ayuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada y consecuentemente, bastante para llegar a la misma conclusión que la sentencia impugnada, es decir, que la interpelación hecha al Municipio vale para la sociedad como órgano integrante de ésta y que ésta ni puede ni debe pretender escapar de sus efectos,..." ...transcrito de Boldó Roda, ob. Cit., pág. 223

⁵⁸ De Angel, citado por Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y ..., pág. 224

⁵⁹ Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y ..., pág. 225 ...dicha autora dice además que “esta excepción tiene su ratio en que normalmente los socios de una sociedad anónima no son los administradores de la misma: <<no son quienes tienen y están legitimados para satisfacer las deudas de la sociedad, ni de quienes puede predicarse la confianza de no posterior ejercicio de la pretensión a cuya protección sirve la prescripción extintiva>>”.

Según lo señalan en su obra López Mesa y Cesano⁶⁰, en la doctrina peninsular moderna se encuentran claramente dos tendencias bien marcadas en la forma de juzgar y apreciar la herramienta del levantamiento del velo. Un primer grupo de autores, integrado por juristas de la talla de los profesores Fernando Pantaleón Prieto y Cándido Paz-Ares, rechaza su aplicación, por entender que perfectamente se puede solucionar los problemas corrientes que presenta el abuso del fenómeno societario mediante procesos de interpretación adecuada y aplicación finalista de las normas. Además afirman que parcialmente en esta misma línea ha expuesto el profesor Francisco Capilla Roncero, al referirse que la jurisprudencia se sirve del tópico del “levantamiento del velo” para evitar el llamado “abuso de la personalidad jurídica”, y ha juzgado que es una técnica poco depurada, que provoca inseguridad al ser utilizada como cláusula general de control.

Y como complemento los referidos autores expresan que en la vereda de al frente hay otro grupo de prestigiosos autores, entre ellos Ricardo De Angel Llagues, José Miguel Embid Irujo y A. Aureoles Martí, que han acogido la doctrina aunque con condiciones, reconociendo su carácter excepcional y la necesidad de sentar un criterio rector que presida su aplicación, de modo de atenuar la inseguridad jurídica que se produce ante la carencia de tal regla⁶¹. De Angel, destaca la importancia y necesidad de definir las condiciones y límites en la aplicación de la técnica del levantamiento del velo para evitar el uso indiscriminado de esta doctrina⁶².

⁶⁰ López Mesa y Cesano, ob.cit., pág. 123

⁶¹ López Mesa y Cesano, ob. Cit., pág. 124

⁶² Vale la pena conocer algunas de las reflexiones y pensamientos del tratadista Ricardo De Angel sobre esta materia recogidos de su obra La Doctrina del “Levantamiento del Velo” de la persona jurídica en la Jurisprudencia, Thomson-Civitas, quinta edición, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2006:

“En efecto, no ya uno de los principales problemas que plantea la persona jurídica, sino quizá el más importante (dejando de lado las cuestiones dogmáticas acerca de su naturaleza jurídica, por cierto de más significado práctico que lo que a primera vista pudiera parecer), es el de aquellos casos en que se produce el denunciado <<abuso>> de la persona jurídica, esto es, la utilización de esta figura para fines distintos de los que constituyen su razón de ser. No es menos cierto que nuestra jurisprudencia ha acogido con verdadero entusiasmo la técnica consistente en levantar el velo de la persona jurídica y penetrando en su interioridad, descubrir la real naturaleza de los intereses individuales

A criterio de Embid Irujo⁶³ como consecuencia que el legislador español no reguló nunca la materia, la respuesta pudo y debió provenir necesariamente de los tribunales. Y dice que aquello se debe a que al legislador le resulta imposible enumerar taxativamente los supuestos en que se podrá aplicar la técnica de descorrer el velo, de manera que la respuesta se la debe extraer por vía de una interpretación judicial inteligente de la realidad y la construcción artesanal de la herramienta idónea para su abordaje, merced a la aplicación virtuosa de los principios generales, con lo cual la existencia o no de un texto legal no resulta tan

que bajo ella existen <<o se ocultan>>...Hasta tal punto es así, que no parece exagerado afirmar que la doctrina del levantamiento del velo, valga la expresión un tanto frívola, <<está de moda>>. Lo está en el plano doctrinal, como se desprende de las aportaciones bibliográficas de los últimos diez años, y lo está también en el terreno que podríamos llamar <<práctico>>; sobre todo, en el de los abogados, pendientes del último pronunciamiento jurisprudencial para dar una determinada orientación a sus demandas o a sus oposiciones a ellas. Por último, es también evidente que se muestre cada día con más importancia la necesidad de definir las condiciones y límites en la aplicación de la técnica del levantamiento del velo, para no hacer de ella un instrumento que dé cabida a toda pretensión en la que la existencia de una persona jurídica sea, simplemente, <<molesta>> o <<incómoda>> para los intereses de una de las partes en conflicto”, ob. Cit., págs.. 87 y 88

“No parece impertinente preguntarse si la doctrina del levantamiento del velo no es si no un exotismo innecesario, habida cuenta que la dogmática jurídica y los ordenamientos positivos europeo-accidentales brindan al intérprete, y en concreto al juzgador, conceptos e instrumentos jurídicos bastantes para adoptar soluciones como las que el levantamiento del velo puede ofrecer. Creo que ésta es una pregunta inexcusable cuando hablamos de la doctrina en examen. Y no puedo ocultar que no acabo de ver claras las cosas. Me parece que en la inmensa mayor parte de los casos en que se acude al levantamiento del velo, el Tribunal podía haber llegado al mismo resultado mediante el recurso a alguno o algunos de esos conceptos básicos que he citado. Pero acaso queden fuera de esta apreciación aquellas hipótesis en que, cuando el órgano judicial <<levanta el velo>> de una persona jurídica, lo hace para poner en manifiesto, no ya que la persona jurídica en cuestión se hubiere constituido de mala fe o con ánimo de defraudar, sino que lo rechazable es poner en práctica, con todas sus consecuencias, algunos de los principios y mecanismos jurídicos que tienen su asiento en la idea de que la persona jurídica goza de una identidad autónoma y perfectamente diferenciada de los miembros que la componen”, ob. Cit., pags 90 y 91

⁶³ Embid Irujo, citado por López Mesa, Marcelo J y Cesano Daniel, ob.cit., págs.. 125 y 126...el citado autor además sostiene que “se puede decir en España, con una buena dosis de razón, que algunos tribunales más que el velo han levantado las faldas de ciertas sociedades, generando con ello zozobra en el medio mercantil”.

importante como la presencia de un juez despierto, informado y sensato, de un buen juez.

Lo cierto es que hoy en el derecho español la aplicación del levantamiento del velo es una realidad, rige esa teoría dentro del sistema jurídico de dicho país, partiendo ya sea del presupuesto de que se está frente a un abuso del derecho o de la equidad, ya sea frente a un fraude a la ley o a los acreedores, los jueces proceden a correr el velo, penetran en la sociedad y así desenmascaran a quienes actúan bajo su sombra en perjuicio de ésta o si, por el contrario, con ello se demuestra que no existe anomalía, corresponde respetarla y dejarla continuar funcionando con normalidad⁶⁴

vi) El abuso de la personalidad en el derecho brasileño.-

Las personas jurídicas tienen existencia distinta de las de sus miembros, de conformidad con lo previsto en el Código Civil brasileño, y siendo así, se concluye que para el sistema jurídico de ese país los socios no responden personalmente por las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad.

El profesor Rubens Requião fue el primero en abordar el tema en el Brasil, y luego de ese aporte se sumaron múltiples trabajos doctrinarios publicados por los profesores Lamatine, Correa de Oliveira y Fabio Ulloa Coelho.

Los gérmenes de la contribución de Requião fueron justamente las evidencias de que la persona jurídica estaba siendo usada como máscara para cometer fraudes, sobre todo en lo concerniente a burlarse de prohibiciones estatutarias o legales, además de perpetrarse una gran variedad de abusos de derecho mediante su empleo desviado. Además, Rubens Requião⁶⁵ recalca que la doctrina del disregard tenía la posibilidad de adecuarse a cualquier sistema jurídico que adoptase, como

⁶⁴ Borda, Guillermo Julio, ob.cit., pag 72

⁶⁵ Rubens Requião, citado por López Mesa, Marcelo J y Cesano, José Daniel, ob.cit., pág. 114

norma de derecho interno, el principio de la separación entre la persona jurídica y las personas físicas que la conforman.

El profesor Fabio Gonder Comparato⁶⁶ tomó una activa participación sobre esta materia, clasificando al fraude y al abuso del derecho como los factores de atribución para prescindir de la personalidad jurídica. La sanción jurídica en ese caso no sería la nulidad, sino la ineficacia del negocio jurídico. Asimismo, Gonder Comparato proponía una revisión del concepto de persona jurídica. Por su parte otro jurista brasileño, Lamartine Correa⁶⁷, en relación a esta doctrina sostiene que estos problemas de desestimación involucran frecuentemente un problema de imputación.

También resulta necesario precisar que la aplicación del corrimiento del velo no es una regla absoluta por parte de los tribunales brasileños, pues encuentra límites y restricciones en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, como lo expresa Fabio Ulhoa Coelho.⁶⁸

⁶⁶ Fabio Gonder Comparato, citado por López Mesa, Marcelo J y Cesano, José Daniel, ob.cit., pag 115

⁶⁷ Lamartine Correa, citado por López Mesa, Marcelo J y Cesano, José Daniel, ob.cit., pag 116...el citado autor dice que lo determinante básicamente está en la verificación de la respuesta adecuada a la pregunta ¿fue realmente la persona jurídica la que actuó, o fue ella un mero instrumento en las manos de otras personas, físicas o jurídicas? Si es en verdad otra persona que está actuando, utilizando la persona jurídica como escudo, y si es esa utilización de la persona jurídica, fuera de su función, que está tornando posible un resultado contrario a la ley, al contrato, o a las coordenadas axiológicas fundamentales del orden jurídico, es necesario hacer que la imputación se haga con predominio de la realidad sobre la apariencia.

⁶⁸ Fabio Ulhoa Coelho citado por López Mesa y Cesano, ob., pág. 121...al respecto, el citado profesor sostiene textualmente lo siguiente: "solamente cuando la persona jurídica ha sido utilizada para la realización de un fraude o abuso del derecho es que el juez está autorizado a ignorar la personería. El simple prejuicio de terceros en razón de la limitación de responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales nunca será, por sí solo, fundamento para la desestimación... Si no hay fraude o abuso del derecho, la personalidad de la sociedad, asociación o fundación debe ser ampliamente respetada".

Rubens ReQUIAO⁶⁹ no difiere en su pensar, pues para dicho autor delante del abuso del derecho y del fraude en el uso de la personalidad jurídica, el juez brasileño tiene el derecho de indagar, según su libre convencimiento, si ha de consagrar el fraude o abuso del derecho, o si se debe apartar la personalidad jurídica, para, penetrando en su sustrato, alcanzar a las personas y bienes que se esconden dentro de ella para fines ilícitos y abusivos.

vii) El corrimiento del velo en el derecho argentino.-

Esta doctrina de la personalidad jurídica tuvo inicialmente una tibia aplicación en el sistema jurídico del derecho argentino. En un principio los jueces buscaron a través de otras instituciones jurídicas llegar a una solución similar. Así recurrieron a la teoría del abuso del derecho o de la lesión en procura de llegar a una decisión justa sobre el caso que se les había sometido a su conocimiento. Sin embargo, al cabo del tiempo los magistrados comprendieron que era imperativo el uso y aplicación de esta nueva técnica creada para frenar los abusos que se estaban cometiendo a través de las sociedades.

Como nos enseña el tratadista Borda, el más alto tribunal argentino ha tenido oportunidad de expedir numerosos fallos sobre casos relacionados con dicha materia sometidos a su juzgamiento, los cuales han sido resueltos aplicando el corrimiento del velo societario. Se han dictado invocando esta teoría algunos fallos que marcaron hitos en la jurisprudencia argentina, entre los cuales cabe destacar los casos "Parke Davis y Cia.", "Refinerías de Maíz S.A. y Kellogg", en materia impositiva.

En el caso "Parke Davis" (LL 151-353), la Corte se pronunció como motivo de que la sociedad había pretendido deducir de su balance positivo las acreditaciones por concepto de regalías efectuadas a favor de la casa matriz, titular del 99.99% de su capital accionario. Se sostuvo que existía una total subordinación entre ambas sociedades, y si bien ello no

⁶⁹ Rubens ReQUIAO, citado por López Mesa, Marcelo J y Cesano, José Daniel, ob.cit., pág 121

suprimía la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, tampoco anula su propia capacidad tributaria.⁷⁰

Y en materia de extensión de quiebra, el más alto tribunal de aquel país, tuvo oportunidad de expedir en los autos 2Cia. Swift de la Plata" /LL 146-601), resolviendo que correspondía extender la responsabilidad sin excusión previa de los bienes de la controlada a la controlante. El referido tribunal indicó que el reconocimiento del beneficio de excusión implicaría aceptar la existencia de la calidad de terceros del grupo Deltec, sea como cesionario o fiador, y "esto queda descartado no sólo porque nadie puede ser fiador de sí mismo, sino porque, como lo tiene declarado esta Corte, el beneficio de excusión no procede cuando no pueden distinguirse los bienes, en razón de hallarse confundidos los patrimonios". Existe además un criterio fundamental vertido por el alto tribunal en relación a esta temática, el cual expresa que "el régimen de la personalidad jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de las sociedad, ni de los derechos de terceros..."⁷¹.

III.5.- El fraude como fundamentación del levantamiento del velo.-

Existen muchos fallos dentro del sistema jurídico angloamericano que contienen conceptos de fraude, tales como toda negociación injusta; todo acto positivo del que resulte una intención de engañar; el artificio por el cual una persona es engañada en su propio perjuicio, un acto voluntario y malintencionado, dirigido a cometer un daño a los derechos de los terceros; las prácticas engañosas tendientes a privar o que efectivamente priven a otros de sus derechos por medio de alguna artimaña o un artificio contrario a las reglas de la honestidad común, el hacer aparentar un estado de cosas a una persona con quien se halla al momento presente o se hallará en el futuro en negociaciones, como si fuera la situación real, mientras se tiene conocimiento que el verdadero estado de cosas es otro⁷².

⁷⁰ Junyent Bas, Francisco, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 211, Ediciones LexisNexis, marzo/abril 2005, pag 265

⁷¹ Borda Guillermo Julio. Ob., pag 83

⁷² Dobson, Juan M., ob. Cit., pags 140 y 141

Dobson⁷³ expresa también en su obra, que el fraude en su sentido más genérico comprende en realidad “cualquier hecho destinado a engañar”, incluyéndose en ese concepto todos los actos, las omisiones, y los ocultamientos que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad, o algún fideicomiso o relación de confianza debidamente otorgada que resulte en un perjuicio a tercero. Esta concepción tan general, es utilizada con frecuencia en la caracterización de los casos en que resulta procedente la doctrina del “disregard of legal entity”, la cual difiere de la concepción de fraude en el derecho continental.

El jurista alemán Serick⁷⁴ al igual que la mayor parte de los autores que se han dedicado a escribir sobre la desestimación de la personalidad jurídica, le otorgan al fraude un rol fundamental. Sostiene el referido autor que sólo se podrá prescindir de la personalidad jurídica de la sociedad cuando haya abuso de ella, sea que éste consista en burlar la ley, violar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros.

A manera de ejemplo de ese supuesto, Serick señala un caso relacionado con la “capitalización insuficiente”, que se trata “cuando un socio único no proporciona a su sociedad el capital necesario para acometer grandes negocios, de modo que en lugar de la correspondiente elevación de su capital le hace un préstamo, para el caso en que si fracasa pueda aparecer en la posición de un acreedor, lo cual necesariamente repercute en perjuicio de los otros acreedores”. Al no haber existido transferencias en este caso relatado, expresa Dobson que estaríamos fuera del ámbito del fraude, pudiendo llegar más bien a la aplicación de los remedios de la simulación, que en el caso de ser absoluta extinguirá la personalidad jurídica o si se tratara de simulación relativa quedará en descubierto la relación real, determinando si se trata de un socio oculto con una naturaleza distinta de la aparente⁷⁵.

⁷³ Dobson, Juan M., ob.cit., pag 141

⁷⁴ Serick, citado por Dobson, Juan M., ob., pag 178

⁷⁵ Dobson, Juan M., ob.cit., pag 179

A su vez, Boldó Roda en relación al tema afirma que la noción técnica de fraude de ley debe separarse de otras figuras conexas, aunque diferentes de ésta, como la simulación. En cuanto a la simulación el tratadista español Caffarena Laporta⁷⁶ expresa que esta institución se ha empleado con frecuencia para impedir la eficacia de la norma a través de la apariencia que con ella se crea. Sin embargo, precisa que no siempre el fraude se consigue a través de un negocio simulado. Con la simulación se finge un negocio sin que exista voluntad negocial alguna, en los casos de simulación absoluta, o existiendo dicha voluntad, pero referida a otro negocio distinto, en el caso de la simulación relativa. El negocio simulado no es un acto realizado al amparo de una norma, sino que es simplemente un acto aparente que encubre una realidad jurídica. De este modo, cuando con la simulación se persiga defraudar la ley no estaremos ante un fraude de ley en sentido estricto.

Con relación a la teoría de la simulación de las personas jurídicas, la doctrina se encuentra dividida, pues, por una parte los prestigiosos tratadistas Ferrara y Camara opinan que no es factible que se simule la constitución de una compañía, fundamentándose en que el acto de aprobación por parte del Estado es de carácter integrante, ya que le da vida y categoría de organismo de derecho a la Compañía perfeccionada con tal formalidad. Mientras que por otra parte, los autores argentinos Cortés, Otaegui y Halperin admiten la posibilidad de simulación de una sociedad, sosteniendo que la actividad integradora del estado no excusa la simulación inicial con su consecuencia sobre la validez del acto. En el Ecuador, contamos con la opinión del reconocido jurista Dr. Nicolás Cassis Uscocovich, quien considera posible la simulación de una compañía, basándose para ello en que el acto de aprobación de la sociedad, bien sea por parte del juez o del órgano de control, no es de carácter integrante, sino más bien en función certificadora similar a la del Notario que autoriza una escritura pública, puesto que se limita a constatar objetivamente el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley para la constitución de la sociedad⁷⁷.

⁷⁶ Caffarena Laporta, citado por Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y..., págs 254 y 255

⁷⁷ Autores citados por Coronel Jones, César, en su obra La simulación de los Actos Jurídicos, Editorial Edino, Guayaquil, 1989, págs.. 75 y 76

El jurista ecuatoriano César Coronel Jones admite la complejidad de tomar partido respecto de esta controversia y sin perjuicio de resaltar la relevancia de los argumentos de los tratadistas Ferrar y Camara, se inclina por la tesis de la factibilidad de la simulación del contrato de sociedad, quien además considera que se trata de una realidad en el mundo jurídico actual.⁷⁸ .

Consecuentemente, siguiendo la tesis de Serick, cuando los supuestos que se presenten correspondan a un caso de simulación de una sociedad, no se pudiera aplicar la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica como remedio para combatir aquellos supuestos.

Volviendo al fraude, sostiene la tratadista Boldó Roda⁷⁹ que no pueden equiparse los conceptos de fraude utilizados por los distintos ordenamientos jurídicos. Como lo acabamos de señalar, en el Derecho Anglosajón se emplea una noción en sentido genérico “cualquier hecho destinado a engañar” y comprende instituciones como el dolo, la simulación y el fraude propiamente dicho. En el derecho francés se distingue entre aquellas constituidas con el objetivo de defraudar la ley y las constituidas con el objetivo de defraudar intereses privados, más conocido como “fraude paulino”. En cuanto a la jurisprudencia española, nos enseña la referida autora que la categoría del fraude a la ley se emplea por el Tribunal Supremo para fundamentar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, transcribiéndonos el considerando de la sentencia de 28 de mayo de 1984, que dice lo siguiente referente al

⁷⁸ Coronel Jones, César, ob.cit., pags 76 y 77...el autor sostiene en su obra que “si nos admitiéramos la posibilidad de simulación de una sociedad, nos veríamos avocados, siguiendo la tesis de Ferrara y Camara, a combatir la sociedad formada sin real intención sin<<animus societatis>> por la vía del fraude a la ley que incluso esos autores consideran factible se produzca en este tipo de negocios, pero la comprobación de la existencia de fraude a la ley, envuelve siempre un problema de interpretación de la norma que se presume violada que complicaría de sobremanera el ejercicio de los derechos de los terceros perjudicados...De allí que incluso con un criterio de conveniencia para los intereses de la justicia y atendiendo a las nuevas corrientes doctrinarias protectoras cada vez más de los intereses de terceros de buena fe estimamos adecuada la tesis enunciada que admite el contrato de Compañía como simulable y la persona jurídica que nace, a consecuencia de él, ficta. Etérea y fantasmagórica”, ob.cit., pag 77

⁷⁹ Boldó Roda, Levantamiento del Velo y..., pags 263 y 264

fraude. <<...la práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, alas que las ley concede personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar y a intereses públicos o privados como camino de fraude...>>

En la jurisprudencia ecuatoriana, también tenemos fallos en que conceptualizan al fraude, como aquel expedido por la Sala de lo Civil y Comercial de la Ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia de febrero 10 de 1994 (juicio Román vs Román, GJ S.XVI, No. 1, pag 6), que define al fraude como “una violación indirecta de ésta utilizando negocios jurídicos que en su forma externa son válidos pero que analizando los resultados que persiguen se descubre su finalidad de evadir el cumplimiento de una norma jurídica...”⁸⁰

La autora Boldó Roda⁸¹manifiesta que el tema del fraude de ley como fundamentación o justificación del levantamiento del velo fue planteado por Serick, que admite que una norma puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquellas, tanto si ya existía como si fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal. Ante esta situación aboga para que el juez pueda prescindir de la posición formal de la persona jurídica y equiparar socio y sociedad para evitar la maniobra fraudulenta. Dicha doctrinaria afirma que <<la regla de que en los supuestos de fraude de ley por medio de una persona jurídica la personalidad de ésta puede quedar descartada, en el fondo no es otra cosa que un caso de aplicación del principio fundamental, generalmente reconocido según el cual el ordenamiento jurídico jamás debe proteger el abuso de una institución jurídica>>.

Mientras que en el sistema angloamericano, la equidad es sin duda el principio imperante en que se fundamenta la aplicación de la doctrina del disregard, en relación al derecho español, el Tribunal Supremo para la formulación de la doctrina del levantamiento del velo –contenida en la

⁸⁰ Transcrito por Carmigniani Valencia, Eduardo, Desestimación de la Personalidad Jurídica Por Abuso, en Revista de Derecho Societario, No. 4, de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, Editorial Edino, Guayaquil.

⁸¹ Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y..., págs 265 y 266

sentencia de 28 de mayo 1984- empleó una serie de instituciones “en bloque” que sirven para justificar la aplicación de esta doctrina, siendo éstas, la seguridad jurídica y justicia, la equidad y buena fe, el fraude de ley y abuso de derecho. Esta enunciación conjunta de diversas instituciones responde a la imposibilidad de encontrar un criterio rector que guíe la adecuada aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, de manera que se ve obligado a formularla de la forma más elástica posible, para que tengan cabida en ella la mayor variedad de casos y, a su vez, pueda producir distintos efectos.⁸²

Lo cierto es que el levantamiento del velo en España, aparece como una expresión que se fundamenta en una diversidad de instituciones, cada una con su propia identidad y efectos. Pero de todas ellas, la institución del abuso del derecho es objeto de expresa invocación en muchas de las sentencias constitutivas de la jurisprudencia del levantamiento del velo; de hecho hasta se habla del “abuso d la persona jurídica”. Sin embargo, en opinión de Boldó Roda⁸³, la figura del abuso del derecho no es la adecuada para utilizarla como fundamento de la doctrina. Por parte, la referida autora sostiene que cuando, en los casos del levantamiento de velo, se habla de <<abuso de la persona jurídica>> se refieren no al abuso de un derecho subjetivo, sino al abuso de una institución: la persona jurídica. Y hablar de abuso institucional, es decir abuso de derecho objetivo, es referirse a otra institución con un régimen jurídico propio: el fraude de ley.

Y tal como sostiene el autor español Ortiz Vaamonde⁸⁴, la invocación del fraude no se hace desde luego porque se considere fraudulenta la creación y funcionamiento de personas jurídicamente distintas de sus miembros, sino más bien porque se invoca fraudulentamente esa independencia formal en perjuicio de un tercero.

⁸² Boldó Roda, Carmen, La Desestimación de la Personalidad Jurídica..., pág. 5

⁸³ Boldó Roda, Carmen, La Desestimación de la Personalidad Jurídica..., págs.. 5y6

⁸⁴ Ortiz Vaamonde, Santiago, El levantamiento del velo en el derecho Administrativo, Editorial La Ley Actualidad S.A., Madrid, 2004, pag 27

En cuanto al fraude de ley, la doctrina señala requisitos exigibles para su existencia, los cuales son: i) El acto o conjunto de actos, que pueden ser muy diversos según los casos;

ii) La norma de cobertura, que es aquella norma legal en la que se apoya el acto fraudulento, pero la protección que otorga la norma llamada de cobertura, es aparente. En el fraude de ley se trata de conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico a través de la protección de una norma, de manera que, en otras palabras la norma de cobertura sirve de instrumento precisamente para eludir la aplicación de la norma que prohíbe el resultado al que se pretende llegar. Consecuentemente, sólo existirá el fraude si la protección que presta la norma de cobertura no es real.⁸⁵

La norma de cobertura en teoría debería de tratarse de la normativa correspondiente a la persona jurídica, como en los casos en que tratan de acogerse a la normativa sobre la responsabilidad limitada de los socios con el fin de eludir la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial, para conseguir un resultado contrario al ordenamiento jurídico, como es el incumplimiento de obligaciones. Sin embargo, la norma básica que serviría de cobertura en otros casos, sería la que declara la personalidad de las sociedades distinta de las de los socios.⁸⁶

Un caso frecuente en nuestro medio es la utilización del art. 1957 del Código Civil como una norma de cobertura, y se produce cuando una persona para protegerse de sus acreedores traspasa sus bienes a una sociedad de su control con el propósito de impedir que éstos puedan tomar acción contra dichos bienes como parte de la prenda general de la que goza todo acreedor.

iii) La norma defraudada, que puede ser cualquier norma del ordenamiento, o también un principio general, e incluso la propia norma de cobertura. La violación de la norma no se produce directamente, sino eludiendo su aplicación o una correcta aplicación de la misma. Al

⁸⁵ Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y..., pág. 258

⁸⁶ Boldó Roda Carmen, Levantamiento del Velo y..., pág. 266

respecto, el tratadista Caffarena Laporta⁸⁷ señala que el acto o actos realizados en sí mismos no tienen que ser actos prohibidos por el ordenamiento jurídico o contrarios a él, sino es el resultado perseguido por ese acto o actos el que es contrario al ordenamiento y el que se impide con la doctrina del fraude.

iv) Por último, el conocido como requisito subjetivo o intencional, que consiste en que la persona que realice el fraude tenga intención de buscarlo, más allá que la doctrina mayoritaria afirma la no necesidad de la intención defraudatoria para que se considere el acto como tal.

En definitiva, en la aplicación de la institución del fraude de ley como fundamentación de la doctrina del levantamiento del velo se tendría básicamente que acreditar la concurrencia o no de los requisitos necesarios para que entre en juego dicha institución⁸⁸.

III.6.- Posturas doctrinarias en contra del levantamiento del velo.-

Existe un amplio sector de la doctrina española que rechaza la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica y más bien su postura consiste en la revisión del concepto de persona jurídica, que permita establecer sus condiciones de uso en lugar de acudir a figuras polémicas como el levantamiento del velo. El tratadista Ascarelli es el precursor de esta corriente ideológica.

Una de las críticas se encuentra en la concepción formalista de persona jurídica que sostiene dicha doctrina, ya que –como afirma Capilla Roncero⁸⁹- partiendo de la idea de que efectivamente la persona jurídica es distinta a las personas que la componen, se finge que en algunas ocasiones no es así como consecuencia de exigencias de equidad y de justicia.

⁸⁷ Caffarena Laporta, citado por Boldó Roda Carmen, Levantamiento del Velo y..., págs. 259 y 260

⁸⁸ Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y...pág 266

⁸⁹ Capilla Roncero, citado por Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo ypág. 301

Sin duda que una de las principales razones por las que se la rechaza, y diríamos que hasta su punto más débil, es la imposibilidad de encontrar un criterio rector que permita conocer cuándo se puede levantar el velo de una sociedad. La gran mayoría de doctrinarios que participan de esta postura coinciden en que hace falta una determinación clara de los presupuestos que justifiquen la aplicación de esta técnica.

Como expresa De La Cámara⁹⁰, para levantar el velo los tribunales tienen que recurrir a nociones como equidad, el abuso del derecho, el fraude y la buena fe, nociones que se califican como <<vagas y difusas>>.

Por otra parte, -como opina Girón Tena⁹¹-se dice también que es discutible considerar un acierto la designación del abuso como criterio decisivo para justificar el levantamiento del velo, debido a su indeterminación.

Otro sector de la doctrina española⁹² acoge favorablemente esta teoría, sin perjuicio de lo cual no deja de mantener cierta posición crítica hacia ella y hasta llegar a establecer algunas condiciones y limitantes para su uso, principalmente que esta técnica sea considerada como una medida excepcional y el interés de elaborar criterios o presupuestos firmes para su aplicación, con el propósito de no poner en riesgo la seguridad jurídica que se pudiera dar lugar si es mal utilizada por los jueces y tribunales.

⁹⁰ De La Cámara, citado por Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y...pág 303

⁹¹ Girón Tena, citado por Boldó Roda, Carmen, en su obra Levantamiento del Velo y..., pág 304

⁹² Ortiz Vaamonde, tratadista español, es uno de ellos y al respecto afirma que la "la merma de seguridad jurídica es el argumento principal que oponen frente a una generalización del levantamiento del velo quienes sostienen a ultranza el respeto a la personalidad reconocida por el derecho. Pero no es posible ni deseable esperar que los Tribunales dejen de aplicar la doctrina del fraude de ley cuando lo crean necesario. Cosa distinta es aspirar a dotar a su actuación de unos criterios de aplicación". Ortiz Vaamonde, Santiago, ob.cit., pág 26

El autor español Broseta Pont⁹³ expresa que el uso y abuso de la personalidad jurídica ha llevado a utilizar a la sociedad anónima como pantalla detrás de la que se esconden los socios, aún cuando la licitud de estas conductas posee grados y matices diversos, lo cierto es que la jurisprudencia y la doctrina moderna están reaccionando, más o menos tímidamente, contra algunas de estas formas de uso de la personalidad, evidentemente cercanas del abuso. Y es que precisamente las primeras reacciones que se fueron dando correspondieron a la implementación de la doctrina del levantamiento del velo en el sistema jurídico español.

El tratadista Embid Irujo, sostiene que el objetivo de la doctrina es lograr la justicia materia y evitar el fraude, por lo tanto se proyecta como un <<instrumento válido y eficaz para que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas (jurídicas) cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia...en daño ajeno o de los derechos de los demás>>⁹⁴

Además existen otros renombrados tratadistas como Girón Tena y Paz-Ares⁹⁵, quienes inicialmente fueron muy críticos de la doctrina, -el primero de los citados como lo indicamos anteriormente no admitía <<al abuso>> como criterio rector para la fundamentación de la teoría-, sin embargo ahora han modificado su posición original y la aceptan.

⁹³ Broseta Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos S.A., novena edición, Madrid, 1991, pag 184

⁹⁴ Embid Irujo, citado por Boldó Roda, Carmen, en su obra Levantamiento del Velo y..., págs. 311 y 312...el citado autor recalca además que "se considera <<plenamente acertada>> la decisión del Tribunal Supremo de levantar el velo de la personalidad jurídica, ya que se configura como <<un instrumento para evitar el fraude e impedir que, a través de un mecanismo formalmente correcto, se produzca un resultado materialmente antijurídico>>"

⁹⁵ Girón Tena y Paz-Ares, citados por Boldó Roda, Carmen, Levantamiento del Velo y..., págs. 312 a 314... Paz-Ares más bien ahora critica que la jurisprudencia haya consagrado la "fórmula mágica del levantamiento del velo", a la que apela sin más cuando intuitivamente percibe que el resultado derivado de la separación entre socios y sociedad es injusto. Debido a ello considera urgente encontrar o elaborar un sistema de principios consistentes capaz de ofrecer una alternativa al intuicionismo y decisionismo que se han adueñado del proceso judicial...citado por Ortiz Vaamonde, Santiago, ob cit, pág. 25

Currículo

Estudiante abanderado, Diplomas Al Mérito Universitario UCSG, Premio Dr. Emilio Romero Parducci, Presidente Asociación Estudiantes de Escuela de Derecho UCSG.

Participación en seminarios, congresos y eventos académicos.

Ponente Instituto IDE. Ayudante de Cátedra Seminario de Contratos.

Profesor Invitado Derecho Mercantil UCSG.

Profesor Principal Derecho Bursátil y de Derecho Civil Obligaciones Facultad de Derecho UEES.

Vocal Principal del Consejo Nacional de Valores. Miembro estudio Jurídico Zavala-Trujillo

Intendente de Compañías de Guayaquil

Asesor especializado área financiera, societaria, mercantil. Mercado de Valores