

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
POSGRADO OFICIAL
ESTADO DE DERECHO Y BUEN GOBIERNO
CORRUPCIÓN Y ESTADO DE DERECHO



TRABAJO DE FÍN DE MÁSTER

**LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA
PERSONA JURÍDICA EN LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA Y
ESPAÑOLA**

JOÃO MARCELO NEGREIROS FERNANDES
TUTOR: PROF. DR. JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE

SALAMANCA - ESPAÑA

JULIO - 2012

JOÃO MARCELO NEGREIROS FERNANDES

**LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO
DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA
JURISPRUDENCIA BRASILEÑA Y ESPAÑOLA**

Trabajo de Fin de Máster presentado al Postgrado Oficial "ESTADO DE DERECHO Y BUEN GOBIERNO" - CORRUPCIÓN Y ESTADO DE DERECHO - MÁSTER OFICIAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA - ESPAÑA, como requisito para obtención del diploma de Máster.

TUTOR: PROF. DR. JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE

SALAMANCA - ESPAÑA

2012

JOÃO MARCELO NEGREIROS FERNANDES

**LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO
DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA
JURISPRUDENCIA BRASILEÑA Y ESPAÑOLA**

El presente Trabajo de Fin de Máster fue elaborado por João Marcelo Negreiros Fernandes, bajo la dirección y orientación del Dr. José Ramón García Vicente, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, teniendo como objetivo la obtención del título de Máster en Derecho por la Universidad de Salamanca.

Salamanca, 03 de julio de 2012.

Firmado por:

**Director,
José Ramón García Vicente**

**Alumno,
João Marcelo Negreiros Fernandes**

A mis padres José Fernandes Neto y Maria Lúcia Negreiros Fernandes por todo el apoyo e incentivo que nunca me han faltado y, principalmente, por todo el amor que me ha sido dedicado durante todos estos años; y a mi tutor José Ramón García Vicente por su valiosa contribución en la elaboración de este trabajo.

“Desterremos, hermanos, el hábito maligno, de ser superficiales y de adorar las formas; e indaguemos la esencia bajo la piel del signo que el signo da las leyes y la esencia, las normas.”

Ezequiel Martínez Estrada
(“de oro y piedra”)

AGRADECIMIENTOS

Cuando nos encontramos con los constantes retos que la vida nos impone o ante los sueños que aspiramos a alcanzar, es inevitable no preguntarnos sobre los límites y sobre nuestra capacidad para enfrentarlos, resistirlos, superarlos y vencerlos. El máster en Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca, más que un objetivo profesional, ha significado un cambio sustancial en mi vida. Cada línea del presente trabajo tiene el humilde deseo de ayudar a transformar el mundo, así como a mí. He aprendido bastante de todos los que se cruzaron en mi camino y que me apoyaron; por tal razón paso a agradecer aquéllos que realmente se lo merecen.

En primer lugar, a dos personas que siempre creyeron y confiaron en mí: mis padres José Fernandes Neto y Maria Lúcia Negreiros Fernandes, mis mejores amigos, personas incomparables que siempre le hicieron frente a las dificultades y retos que se les han presentado. Quiero que sepan que a donde llegue en esta vida, siempre les agradeceré por todo el amor e, igualmente, por el universo de posibilidades que siempre me proporcionaron. De igual modo, quiero hacer mención a toda mi familia, especialmente a mis tías Amélia Rilva Soares Negreiros y Madalena Almeida Negreiros, por el cariño y afecto imprescindibles durante toda esta caminata.

Por otra parte, quiero expresar un agradecimiento muy especial al Doctor José Ramón García Vicente, un profesional de gran calidad que dirigió mi TFM, siempre guiándome por el ansia del conocimiento y por quien cultivo una profunda admiración y respeto. Jamás me olvidaré de los agradables momentos en los que estuvimos hablando sobre la complejidad teórica que rodea el levantamiento del velo societario y de las lecciones que podría sacar de este tema para mi vida personal. Asimismo, agradezco a otros profesores por el conocimiento y apoyo compartidos, entre ellos: Eduardo A. Fabián Caparrós, Nicolás Rodríguez García y Mario Hernández Ramos.

Finalmente, a todos aquellos que ayudaron, directa o indirectamente, durante el proceso de elaboración de esta investigación, apoyándome para que pudiese lograr mis objetivos y siempre dándome la certeza de que es posible continuar. Dentro de ese amplio grupo de personas, quiero agradecer a Yaircel Vanessa Robledo Vargas, pues aparte de mi compañera, fue quien, con dedicación y paciencia, me ayudó a estructurar y perfilar algunas de las ideas aquí expuestas. Además de ello, me enseñó que los grandes trofeos para el auténtico triunfador son el camino y el proceso; el llegar es una mera consecuencia. También a Yamelia Vargas Ferrer por sus valiosas correcciones gramaticales del castellano que confirieron un grado de excelencia a este trabajo.

A todos, mis sinceros agradecimientos.

Salamanca, 03 de julio de 2012.

ABSTRACT

El presente trabajo se centra en el estudio sobre el desarrollo de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en Brasil y España, así como el examen de su aplicación por los Tribunales Superiores de Justicia de aquellos países. La referida doctrina, entendida como la facultad judicial de traspasar la forma externa de la empresa e investigar la realidad que existe en su interior con el fin de impedir comportamientos fraudulentos y antijurídicos promovidos por los socios, aún plantea serios cuestionamientos respecto a la posibilidad de quebrantar el principio de la autonomía de la persona jurídica, lo que reclama una precisa distinción entre las situaciones en las que es realmente posible desestimar la personalidad jurídica de las que cabe solamente la imputación de la responsabilidad personal de los socios. Ante esto, el levantamiento del velo societario, correctamente empleado, resulta ser un eficaz instrumento de represión contra el abuso de derecho en las relaciones mercantiles; de lo contrario, la ausencia de un criterio cautelosamente definido y un fundamento razonable en cuanto a su utilización podrá ocasionar prejuicios tanto de orden económico como social.

The present paper focuses on the development of the doctrinaire studies of the Lifting the Corporate Veil Doctrine in Brazil and Spain, as well as the review of its implementation by the Higher Courts of Justice in these two countries. The afore mentioned doctrine, understood as the judicial faculty to trespass the outer form of the company and examine the reality inside in order to prevent fraudulent and unlawful behaviors promoted by the associates, still remaining serious questioning regarding the possibility to break the principle of legal entity autonomy, leading to claim a precise distinction between which situations are possible to underestimate the legal entity, in which only the imputation of the personal entity of the shareholders is liable. For this reason, Lifting the Corporate Veil, properly used, turns out to be a very effective mechanism of repression against the abuse of law in commercial relations, otherwise, the absence of a cautiously defined approach and a reasonable basis in its use could cause economic and social prejudices.

O presente trabalho se centra no estudo sobre o desenvolvimento da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica em Brasil e Espanha, assim como no exame da sua aplicação pelos Tribunais Superiores de Justiça daqueles países. A referida doutrina, entendida como a faculdade judicial de transpassar a forma externa da empresa e investigar a realidade que existe no seu interior com o fim de impedir comportamentos fraudulentos e antijurídicos promovidos pelos sócios, ainda suscita sérios questionamentos com respeito à possibilidade de violar o princípio da autonomia da pessoa jurídica, o que reclama uma precisa distinção entre as situações nas quais é realmente possível desconsiderar a personalidade jurídica daquelas cabe somente a imputação da responsabilidade pessoal dos sócios. Diante disso, o desentendimento da personalidade jurídica, se corretamente empregado, resulta ser um eficaz instrumento de repressão contra o abuso de direito nas relações mercantis; do contrário, a ausência de um critério cautelosamente definido e um fundamento racional em quanto a sua aplicação poderá ocasionar prejuízos tanto de ordem econômica como social.

Título: La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia brasileña y española.

Title: Lifting the Corporate Veil Doctrine in the Brazilian and Spanish jurisprudence.

Título: A doutrina da Desconsideração da personalidade jurídica na jurisprudência brasileira e espanhola.

Palabras Clave: Persona jurídica. Abuso de personalidad. Levantamiento del velo.

Key Words: Juridical person. Abuse of personality. Lifting the veil.

Palavras Chaves: Pessoa jurídica. Abuso de personalidade. Desconsideração.

SUMARIO

Abreviaturas	09
Introducción	10
1. El instituto de la persona jurídica	13
1.1 Aspectos históricos y conceptuales.....	13
1.2 Teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica.....	17
1.3 Reconocimiento y abuso de la personalidad jurídica.....	23
1.4 La crisis del concepto de persona jurídica	27
2. La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica	30
2.1 Cuestiones generales y desarrollo histórico.....	30
2.2 Concepto.....	40
2.3 Fundamentación y aplicabilidad.....	43
2.4 Naturaleza jurídica.....	46
3. La doctrina del levantamiento del velo en Brasil	48
3.1 El art. 50 del nuevo Código Civil.....	49
3.2 Presupuestos de la aplicación del levantamiento del velo en el Código Civil	53
3.3 Efectos materiales y aspectos procesales del levantamiento del velo	60
3.4 El Superior Tribunal de Justicia: los grupos de casos en la jurisprudencia.....	64
4. La doctrina del levantamiento del velo en España	77
4.1 Antecedentes históricos: la doctrina de terceros	77
4.2 La sentencia del Tribunal Supremo de 28.05.1984: el surgimiento de un instituto	81
4.3 La reacción de la doctrina española: escenario de discusiones y opiniones teóricas.....	88
4.4 El estado actual del levantamiento del velo en el Tribunal Supremo.....	92
Consideraciones finales	117
Bibliografía	119
Índice	126
Anexos	128

ABREVIATURAS

<i>AI</i>	Agravo de Instrumento
<i>AgRg</i>	Agravo Regimental
<i>Art</i>	Artículo
<i>CC</i>	Código Civil
<i>CCom</i>	Código de Comercio
<i>CF</i>	Constitución Federal de Brasil
<i>CLT</i>	Consolidación de las Leyes Laborales
<i>CPC</i>	Código Procesal Civil
<i>DJ</i>	Diário de Justicia
<i>DOU</i>	Diário Oficial de la Unión
<i>EDcl</i>	Embargos de Declaración
<i>LECiv</i>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<i>LEG</i>	Legislación
<i>LSC</i>	Ley de Sociedades de Capital
<i>LSRL</i>	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
<i>LTDA</i>	Limitada
<i>MC</i>	Medida cautelar
<i>MP</i>	Magistrado Ponente
<i>Ptas</i>	Pesetas
<i>RC</i>	Recurso de Casación
<i>REsp</i>	Recurso Especial
<i>RJ</i>	Recurso Jurídico
<i>RMS</i>	Recurso en Mandado de Segurança
<i>R\$</i>	Reais
<i>S.A</i>	Sociedad Anónima
<i>S.L</i>	Sociedad Limitada
<i>STF</i>	Supremo Tribunal Federal
<i>STJ</i>	Superior Tribunal de Justicia
<i>SSTJ</i>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>SSTS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>TRF</i>	Tribunal Regional Federal
<i>TS</i>	Tribunal Supremo

Introducción

Las sociedades de capitales dan nacimiento a una persona jurídica, dotada de una capacidad para mantener relaciones jurídicas y para operar como sujetos de derechos en el tráfico jurídico y económico. Una vez cumplida con todas las formalidades constitutivas (celebración del contrato social y su posterior inscripción en el Registro Mercantil) se le atribuye a una determinada sociedad comercial una personalidad jurídica, distinta e independiente de los miembros que la componen, que se traduce en una auténtica autonomía patrimonial para actuar y contraer obligaciones en su propio nombre y, sobre todo, para responder por las deudas sociales.

Esta concepción formal de persona jurídica, así comprendida como un ente autónomo e independiente de derechos y obligaciones diferenciado de las personas físicas que ostentan su titularidad (socios), ha tornado posible, con el transcurso del tiempo, el uso de su personalidad como un instrumento atractivo y bastante útil a la práctica de fraudes y abuso de derechos. Tal afirmación adquiere especial relevancia en la medida en que se observa que, en la actualidad, muchos socios se han valido a menudo de aquel instituto para eludir al cumplimiento de normas legales en la persecución por la maximización de beneficios o conveniencias de carácter personal.

A consecuencia de lo anteriormente expuesto, cabría preguntarse si como resultado de considerar a la persona jurídica como un ser de derecho y obligaciones distinto de los individuos que detentan su control, ¿las conductas ilícitas, fraudes y abusos que se pueden cometer mediante su estructura, deben ser atribuidos únicamente a ella, librándose de cualquier especie de responsabilidad las personas que la dirigen? Además, ¿cuál sería la respuesta del derecho frente a esas acciones corruptas alimentadas por los pensamientos egoístas de quienes pretenden enriquecerse en perjuicio de otros?, ¿Qué instrumentos jurídicos nos presenta el orden jurídico?

Pese a estas y otras indagaciones lo cierto es que los abusos de personificación, cada vez más frecuentes en las relaciones comerciales, contribuyeron a generar un amplio movimiento en varios países del continente europeo donde se propuso la efectiva sustitución de la concepción formalista de la persona jurídica por una noción realista de la misma. Ésta, a su vez, determinaba que la personalidad jurídica consistiría en un procedimiento técnico del que se utilizarían los operadores jurídicos para agrupar y justificar ciertas necesidades que se les imponen, al mismo tiempo en que posibilitaría un mayor control judicial sobre los fines de aquel instituto jurídico.

En ese contexto, surge un planteamiento en la teoría del derecho sobre la posibilidad de levantar el velo de la persona jurídica como forma de reaccionar frente a las agresiones a la ficción de su personalidad. De este modo, la doctrina del levantamiento del velo (*disregard of the legal entity*) emerge como un mecanismo protector del tráfico negocial que autoriza los jueces y tribunales a superar la estructura formal de las personas jurídicas e indagar su verdadera estructura y funcionamiento, para así alcanzar a los individuos que se han encubierto tras el manto empresarial con miras a realizar actos abusivos y fraudulentos que el orden jurídico desaprueba.

Por otro lado, es importante esclarecer que no se trata de negar el esfuerzo realizado por la doctrina en precisar un concepto y fijar los límites de una de las creaciones jurídicas más relevantes de la vida moderna (persona jurídica) cuyo objetivo sería el de viabilizar la superación de los retos derivados de las actividades económicas a través de la concentración de esfuerzos humanos. Lo que pretende la teoría del levantamiento es preservar la finalidad que el ordenamiento jurídico tuvo al momento de establecer la ficción de la personalidad jurídica y conferir máxima protección a los intereses de terceros de buena fe en las relaciones mercantiles.

Mucho se ha escrito sobre esta doctrina, incluyendo cuestiones relativas a su origen, definición, ventajas y desventajas. En tanto que hoy se puede encontrar una gran cantidad de obras y artículos científicos elaborados por juristas de varios países del mundo que disertaron sobre el ejercicio desviado del ente empresarial y el levantamiento del velo. A toda esa vasta producción científica han contribuido una pluralidad de factores; sea porque la doctrina es considerada una poderosa herramienta para afrontar los problemas originados del principio de la autonomía y limitación de responsabilidad patrimonial de la persona jurídica; sea porque genera un alto grado de inseguridad jurídica, puesto que todavía no se encuentran bien concretados los supuestos en que debe aplicarla, apoyándose básicamente en los criterios habituales de interpretación jurídica.

El presente trabajo, por tanto, se centra en el estudio del desarrollo y evolución de la doctrina del levantamiento del velo en Brasil y España y, además, investiga el modo como los Tribunales Superiores de Justicia de aquellos países están aplicándola en la solución de los casos que se les han presentado. La iniciativa de realizar un análisis comparado ha sido motivada por dos factores principales: a) la diversidad social, política, económica y cultural existente entre los citados países, separados por el océano atlántico; b) la necesidad de promover un intercambio de conocimiento sobre el modo cómo ha sido estudiado y empleado el levantamiento del velo para sancionar las conductas corruptas y desleales en el campo de las relaciones civiles y comerciales.

De esta manera, el trabajo se ha desarrollado en cuatro capítulos. Inicialmente, se procede a un examen teórico sobre la persona jurídica, considerada como un instituto fundamental para el derecho de sociedades, y sus modificaciones conceptuales ocurridas a lo largo del tiempo, con destaque para la crisis que ha dado lugar a este concepto para servir de cauce a una serie de abusos y fraudes. Más adelante se introducen los antecedentes históricos, concepto, fundamentación y naturaleza de la doctrina del levantamiento del velo cuya procedencia se relaciona con el derecho anglosajón (Estados Unidos e Inglaterra), donde se observó sus primeras manifestaciones, y luego en el derecho europeo. A ello se dedica los dos primeros capítulos.

Hasta aquí cabe advertir que todavía no se puede acreditar la total originalidad de este trabajo, ya que la mayoría de las informaciones presentadas ya habían sido objeto de un análisis por los más autorizados juristas, los cuales el lector tendrá la oportunidad de conocer en la medida en que se vaya avanzando en el presente estudio. Lo que sí es verdad es que el modo de abordar los datos recogidos, ordenarlos a modo de facilitar o simplificar la comprensión de quienes estén dispuestos a entender las cuestiones polémicas que rodean el tema del levantamiento del velo y, por último, la posición final asumida realmente conforman un marco original y novedoso.

Sin embargo, el sentido de esta aportación está en los capítulos tercero y cuarto que analizan los aspectos referentes a la introducción y desarrollo del levantamiento del velo en los sistemas jurídicos brasileño y español, así como su repercusión en los Tribunales Superiores de Justicia de los respectivos países, ciñéndose a la jurisdicción civil; habiéndose suprimido cualquier otra área en la cual ella puede manifestarse (tributario, laboral, contencioso-administrativo, relaciones de consumo). En estos dos capítulos, se incluyen los grupos de casos que, sin ánimo de agotar la posibilidad de otras situaciones, pretenden ofrecer una visión práctica de cómo los tribunales han aplicado el levantamiento del velo y los argumentos manejados para fundamentar tal medida.

Para no perjudicar la finalidad del estudio, no se adentrará en cuestiones típicas de derecho mercantil, que si bien muestran una íntima relación con el tema, entre las cuales la descripción de los tipos societarios y sus características, los trámites para la constitución de una de esas formas jurídicas, los efectos y el contenido del contrato de sociedad y la extinción, modificación, transformación y fusión de sociedades. Además de ello, se optó por transcribir algunas normativas y sentencias que traen consigo elementos fundamentales dirigidos a la comprensión del tema propuesto, respetando: de un lado, el interés perseguido por el legislador ordinario; y de otro, la veracidad y fidelidad de las reflexiones y argumentos de los magistrados que, en su admirable labor, han tenido que solucionar casos en los que se discutió el levantamiento del velo.

Por lo demás y a pesar de mi ambición personal en investigar y discurrir sobre un tema que ha ocupado las mentes de los más brillantes juristas y de los más competentes magistrados de los últimos tiempos, los cuales estuvieron preocupados en exponer las ventajas y desventajas teóricas que el levantamiento del velo suscita, en ningún momento me he apartado de esa osadía. De hecho, creo en el valor y utilidad que este trabajo pueda proporcionar a la comunidad jurídica considerada en su conjunto y, a más de despertar el interés de los nuevos juristas para una materia que todavía sigue pendiente de una resolución final. Todo lo dicho apenas comprueba que el pensamiento humano debe cada vez más evolucionar para enfrentar los distintos retos que la propia vida jurídica nos impone; algo inherente a la complejidad de las relaciones sociales.

1. El instituto de la persona jurídica

1.1. Aspectos históricos y conceptuales

Considerando la dificultad de llegar a un consenso sobre una precisa definición de persona¹ jurídica, ya que todavía sigue siendo eje de constantes discusiones en la doctrina y en la jurisprudencia; ésta alude, en síntesis, a un instrumento jurídico del que se han valido los individuos para el desarrollo y la realización de diversas actividades que convergieron en verdaderas realidades sociales. Su creciente importancia y alcance adquiridos a lo largo del tiempo en los ámbitos público, administrativo y empresarial ha sido de tal dimensión que sin ella no sería posible entender el desarrollo socioeconómico de las sociedades contemporáneas.

La persona jurídica, comprendida como una de las más controvertidas construcciones del pensamiento jurídico universal, ha servido como importante instrumento de producción y circulación de riquezas, permitiendo así, a los individuos superar los diversos obstáculos propios del desarrollo individual de determinadas actividades empresariales. De modo que la constitución del ente colectivo, les ha facilitado y simplificado las barreras existentes en ciertas prácticas civiles y comerciales, en razón del grado de complejidad que presentan, mediante la fusión de esfuerzos y voluntades dirigidos a la realización de intereses u objetivos comunes.

Se trata, por tanto, de una institución jurídica que expresa la idea de organización supraindividual, creada ante la necesidad que tiene el hombre de asociarse voluntariamente, para llevar a cabo la ejecución de una cierta actividad económica, en virtud de su limitación para alcanzar muchos de los fines que su propia personalidad postula. A este fenómeno asociativo, el orden jurídico le reconoce una personalidad jurídica y pasa a tratarlo como un sujeto de derechos y deberes, con potestad para actuar en el tráfico jurídico. Según Díez-Picazo y Antonio Gullón:

“Podemos decir que son personas jurídicas las realidades sociales a las que el ordenamiento jurídico reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus miembros componentes, y a las que trata como sujetos de deberes y derechos, con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes. Ésta es la esencia de la personificación de determinadas realidades sociales.”²

Para Jean Carbonnier, en el universo del derecho no existen sólo intereses y objetivos individuales, sino objetivos e intereses colectivos, que exigen como condición a su satisfacción la unión de individuos en forma de agrupaciones humanas que parecen tener vida propia. Estas agrupaciones ostentan una personalidad de naturaleza tanto civil como moral, más allá de comportarse como seres intelectuales y morales. Tales seres, a la similitud de los hombres, pueden adquirir, contratar, ser titular de relaciones jurídicas, contraer deudas, en suma, están insertados en la categoría de sujetos de derechos a que el orden jurídico reconoce subjetividad³.

¹El término persona tiene su origen etimológico en el teatro griego y significa la *máscara*, tanto en el sentido teatral – la figura que representa un rostro humano – como del hombre que se oculta tras ella.

²(DÍEZ PICAZO *et al*, 2003, p. 586).

³(CARBONNIER, 1994, p. 339).

Sobre las consideraciones anteriores se hace necesario clasificar a las personas según su naturaleza, pues una vez reconocida su existencia todas ellas han de ser capaces de ejercer derechos y obligaciones, pero mientras unas son puras creaciones de la ley, que les concede la vida y a quien corresponde fijar los límites de su actividad; las otras poseen una existencia física y naturaleza racional. La persona jurídica, en cuanto realidad abstracta, está consagrada por la ley y contemplada por el ordenamiento jurídico como una manifestación de la personalidad humana apta para alcanzar, por sí misma o a través de otros medios, todos los fines que le son propios⁴.

“Junto con los individuos en cuanto personas físicas, a quienes corresponde la capacidad jurídica en virtud de su ser personal, y por ello necesariamente, el ordenamiento jurídico reconoce también, por vía análoga, a las llamadas personas jurídicas como jurídicamente capaces, esto es, como posibles titulares de derechos y destinatarios de deberes.”⁵

Es oportuno señalar que la evolución en torno a su noción ha sido resultado de un largo proceso, en el que estuvieron presentes una serie de factores que operaron en su transformación desde el origen más remoto hasta su estado actual. En tanto que la expresión persona jurídica representa un concepto temporalmente condicionado, abierto a las influencias y confluencias de los sistemas políticos y de otros fenómenos históricos que favorecieron a la injerencia y control del Estado sobre ella; y que se constituyó a partir de la colaboración del derecho romano, aunque haya logrado efectivamente su mayor reconocimiento durante la segunda mitad del siglo XIX⁶.

En el derecho romano se desconoce el concepto de persona jurídica a pesar de haber trabajado en él de distintas formas. Ello porque, desde muy temprano se admitió en Roma la personificación del Estado (como organización abstracta contrapuesta a los ciudadanos) y sólo en el periodo clásico/posclásico se reguló en el derecho público la existencia de entidades corporativas religiosas (*pia corpora* y *piae causae*), funcionalista y gremial (*collegia*, *decuriae* y *solidates*), exigiéndose en todo caso la confirmación del Senado y la licencia del Emperador. En el terreno del derecho privado, las sociedades se caracterizaron por la ausencia de personalidad jurídica y su naturaleza era reglamentada en base a la comunidad de bienes por cuotas. El contrato social sólo generaba efectos internos (entre los socios), así que no afectaba las relaciones con terceros.

Sin embargo, las primeras producciones doctrinales en torno a una concreta conceptualización de persona jurídica se atribuye a los juristas de la Edad media (glosadores y postglosadores), laicos y canonistas, que estudiaron los textos romanos y admitieron una cierta personificación de los *collegia* que daría lugar a las futuras asociaciones, y de las *piae causae* a lo que se conocería como los antecedentes de las actuales fundaciones. A mediados del siglo XIII, el aporte de Sinibaldo de Fieschi (posteriormente nombrado Papa Inocencio IV) ha sido bastante significativo, pues fue quien por primera vez hizo uso del término *persona ficta* para referirse a un instituto fundado por

⁴Como es de suponer, el vocablo persona se utiliza en un sentido metafórico, pues persona sólo lo es el hombre. Con todo, el derecho lo que hace es tratar esos otros fenómenos como personas, lo que equivale a decir que son también verdaderos destinatarios de normas jurídicas con capacidad para actuar en el mundo real.

⁵(LARENZ, 1978, págs. 165-166).

⁶La expresión persona jurídica tal como se conoce hoy fue originalmente acuñada por Arnold Heise (1778-1851) quien trató de delimitar una categoría de sujeto de derecho paralela y contrapuesta a la persona física. Sobre ello, véase Riccardo ORESTANO (1978), *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna, p. 218.

el derecho para conferir a una *universitas* (corporaciones o gremios) una personalidad distinta de la de sus miembros. Tal concepción abstracta formulada por Sinibaldo de Fieschi fue ulteriormente seguida por muchas otras doctrinas laicas y canonistas de aquel siglo.

Durante el período del Renacimiento, los autores civilistas continuaron con la concepción de la *universitas* como persona ficta durante algún tiempo, pero con la introducción de escasas novedades entre las cuales se puede mencionar la denominación de las personas morales y su ampliación y recepción en la esfera del derecho público. Posteriormente, en los siglos XVII y XVIII se va a observar un cambio decisivo en lo que dice respecto a la concepción ficta de la persona jurídica, sobre todo en el campo de lo público, lo que acabó por culminar en el abandono de la teoría de la ficción (o teoría de la abstracción) en virtud de la aceptación generalizada de una nueva interpretación: se empieza a considerar la persona jurídica como una realidad.

Más adelante, la doctrina alemana sufrirá en el del siglo XIX un importante avance, que impulsada por la escuela pandectística⁷, marcará la formación de los conceptos de las principales figuras de derecho civil clásico. A partir del intento de sistematizar las diferentes categorías de persona jurídica, los autores de la aludida escuela pudieron distinguir dos tendencias principales: una amplia, que considera como persona todo aquello que puede predicarse una titularidad; y otra estricta, que establece que el campo de las personas jurídicas está circunscrito a las corporaciones y fundaciones, denegando entre otras la personalidad jurídica de la herencia yacente. Esta noción de carácter estricto fue la adoptada por la codificación civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB), que rechazó la personalidad jurídica a la herencia yacente, y en relación a las sociedades sólo la admitió respecto a la sociedad anónima o por acciones bajo el fundamento de que éstas eran las únicas cuyos patrimonios eran independiente de los socios.

Como se infiere, el fundamento y admisibilidad de las personas jurídicas, en sentido contemporáneo, ha sido producto de una extensa evolución conducida esencialmente por el desarrollo de los derechos canónico y germánico, los cuales inspiraron los ordenamientos jurídicos occidentales de los siglos XIX y XX. En cuanto a la denominación *Persona Jurídica* se le ha designado distintas formas, tanto en la doctrina como en la legislación, y en diferentes idiomas: en Portugal se adopta el término *Pessoa Colectiva* o *Ente Colectivo*; en España predominó el vocablo *Persona Jurídica*; en el código civil francés se utiliza *Personne Morale*; en la legislación civil italiana se designa *Personne Giuridiche*; y finalmente en Alemania se usa la expresión *Juristische Person*.

Ahora bien, las nuevas formulaciones de carácter normativo sobre la persona jurídica a modo de modificar los dogmas consagrados en el tiempo, con el apoyo de la realidad y de la filosofía, han sido propuestas por diversos autores y tratadistas de derecho civil. Entre los que se han ocupado de analizar los nuevos perfiles de ese instituto jurídico en un contexto moderno, está Francesco Ferrara. El maestro italiano construyó una definición basada en la relación entre tres elementos (derecho romano, canónico y germánico) que asociado a la influencia de las corrientes de pensamiento que predominaron durante la Edad media, lo llevó a definir la persona jurídica

⁷Sobre la relevancia de la escuela pandectística alemán del siglo XIX, véase la obra de José Luis DE LOS MOZOS (1977), *Derecho civil español I: Parte general - introducción al derecho civil*, Salamanca, p. 202.

como asociaciones o instituciones formadas para la consecución de una finalidad y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derechos⁸. De la misma manera que F. Ferrara, el profesor italiano Giorgio Giorgi intenta definir esta clase de personas como:

“Una unidad jurídica que resulta de una colectividad humana ordenada de manera estable para una o más finalidades de utilidad pública o privada: por cuanto distinta de cada uno de los individuos que la componen, y dotada de capacidad para poseer y ejercer *adversus omnes* los derechos patrimoniales, de acuerdo con la naturaleza, con el subsidio y el incremento del derecho público.”⁹

A su vez, Manuel Albaladejo expresa que esa clase de persona se configura como una organización humana encaminada a la consecución de un fin a la que el derecho acepta como miembro de la Comunidad, otorgándole capacidad jurídica¹⁰. Al respecto conviene mencionar que una definición más concreta probablemente puede encontrarse en la obra de José Puig Ferriol, el cual considera las personas jurídicas como entidades independientes de las personas físicas que la integran, y que, por estar dotada de una organización estable o permanente, tienen el carácter de sujeto de las relaciones jurídicas que activa o pasivamente le afectan¹¹.

Ciertamente, las ideas de J. Puig Ferriol sintetizan un concepto moderno de persona jurídica que se fundamenta bajo tres premisas principales: 1) la independencia respecto a las personas físicas que la constituyen, tanto de manera personal - en la medida en que se forma una voluntad diferente dotada de una potestad autonormativa y capacidad autónoma - como patrimonial que se traduce en la separación de patrimonio, y en la responsabilidad patrimonial frente a las deudas de la sociedad; 2) la existencia de una organización de carácter estable o permanente que carece de una existencia física y que, por ello, depende de una representación humana que actúe en favor de ella; 3) y, por último, la capacidad jurídica y de obrar de manera propia e independiente.

No obstante y a pesar de los elementos y características anteriormente expuestos, aún resulta difícil establecer una definición de persona jurídica y también explicar su personalidad; mucho más difícil es solucionar los problemas que la misma plantea, ya que se trata ante todo de un concepto altamente complejo que ha sido creado por el sistema jurídico para interactuar con los hombres, sus deseos y aspiraciones¹². Por lo demás, es imprescindible destacar que el referido concepto se muestra del todo dinámico y sensible como para adecuarse a los diversos contextos socioeconómicos e ideológicos, evolucionado con el paso de los años y atrayendo cada vez más el pensamiento jurídico moderno a modo de intentar comprender su dimensión axiológica¹³.

⁸(FERRARA, 1929, p. 359).

⁹(GIORGI, 1913, págs. 67-68).

¹⁰(ALBALADEJO, 2002, p. 372).

¹¹(PUIG FERRIOL, 1995, p. 368).

¹²El estudio de la persona jurídica nos invita a hacer una reflexión sobre el concepto de derecho subjetivo y de las nociones fundamentales del derecho. En otras palabras, dicho estudio revela que la comprensión del instituto se sitúa entre la frontera de lo filosófico y de lo sociológico, y que está ligado al problema de la personalidad humana. Véase J.L. Corrêa de OLIVEIRA (1962), *Conceito de pessoa jurídica*, Tesis doctoral UFPA, Curitiba, p. 5.

¹³La todavía inconclusa polémica sobre la naturaleza y la justificación de la persona jurídica se traduce en la formulación de las más dispares teorías y en la ausencia de una definición legal que determine en general lo que haya de entenderse por tal. Véase María E. ROVIRA SUERIO (1999), *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, CEDECS, Barcelona, p. 264.

1.2. Teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica

Uno de los principales debates de la doctrina del siglo XIX y que se extendió hasta la actualidad se refiere a la naturaleza o esencia de la persona jurídica, girando básicamente en torno a las teorías que la consideraban como una mera ficción o una realidad preexistente a las normas jurídicas que las reconocen y le delimitan su campo de actuación. Según lo expuesto, una serie de nuevas aportaciones han sido formuladas en los últimos tiempos, las cuales estuvieron proyectadas en diferentes direcciones de pensamiento, por lo que se propone ofrecer a continuación una breve clasificación de algunas teorías junto a sus respectivos representantes:

a) Teoría de la ficción

La concepción de persona jurídica como creación de la ley y, por lo tanto, ausente de trascendencia en el mundo real se remonta a las reflexiones de Sinibaldo de Fieschi (Papa Inocencio IV). Para el canonista medieval del siglo XIII, las personas jurídicas se califican como seres ficticios a los que el derecho les equipara como personas para justificar que son sujetos de derechos con capacidad *artificial* para ejercitar acciones. El motivo de tal proposición tiene una explicación histórica, puesto que lo que se pretendía en la época, era evitar que las ciudades fuesen alcanzadas por una excomunión general y colectiva, como defendía el derecho canónico.

“El motivo de este planteamiento era, por cierto, muy concreto: frente a quienes opinaban que una ciudad podía ser sancionada con el entredicho o la excomunión, el canonista replicaba que las ciudades no tienen alma para pecar y que la sanción pesaba también, injustamente, sobre los inocentes: si, aun sin alma ni conciencia, las ciudades gozan de derechos y ejercitan acciones, ello ocurre en virtud de una ficción de personalidad, mientras la excomunión requiere una persona real y no ficticia.”¹⁴

Nace, así, la teoría de la ficción en el ámbito del derecho que pasó a dominar la doctrina durante muchos siglos. Su principal representante fue Friedrich Karl von Savigny que, influido por Kant que veía el hombre como un sujeto de derechos y el derecho como garante de la libertad externa de los individuos, presentó en el siglo XIX una tesis sencilla y bastante desafiante en la que la persona jurídica, que sólo existe para cumplir fines jurídicos, está situada al lado de los hombres como sujetos de relaciones de derecho. Sus ideas sobre la ficción, tal como ponen de manifiesto Díez Picazo y Antonio Gullón, estaban realmente lejos de considerar que la persona jurídica era siempre una mera creación de la ley, pues al clasificarlas von Savigny distinguía las que poseían una existencia real y necesaria (ciudades); y las que tenían una esencia artificial o contingente¹⁵.

Entre las principales críticas que recaen sobre esa teoría, que en aquella época hizo frente a los cuestionamientos políticos y que al día de hoy aún es defendida por varios autores, se puede citar que ella padece de una contradicción que pone en duda su funcionalidad. A pesar de no haber solucionado el problema de la existencia de la persona jurídica, en el momento que se le consagra como una ficción (y negando su realidad), se tendría que admitir que por esa misma razón el

¹⁴(LACRUZ BERDEJO *et al*, 2010, p. 265).

¹⁵(DÍEZ-PICAZO *et al*, 2003, p. 587).

Estado tampoco podría ser reconocido como un ente real, así como el conjunto de normas establecidas y respaldadas por él con la finalidad de garantizar la convivencia social.

b) Teoría orgánica o de la realidad

En contraposición a la teoría de la ficción se constituyó en el siglo XIX una corriente doctrinal que admitía la personalidad a entes dotados de realidad ficticia, un contenido socioeconómico y una voluntad diferente de los individuos que la componían, lo que equivale decir que representan organismos análogos y comparados a la persona del hombre. Así, algunos autores que pertenecen a la escuela iusnaturalista (Grocio y Puffendorf) originalmente consideraron que los entes colectivos o personas morales poseen una realidad y voluntad propias, completamente distinta de la de sus miembros, la cual está reconocida y amparada por el derecho natural.

Sobre la base de estas ideas emerge la teoría de la realidad que alcanzó su máxima expresión a finales del siglo XIX, sobre todo con la obra de Otto von Gierke. El profesor catedrático de la Universidad de Berlín y discípulo directo del jurista alemán Georg von Beseler, publicó la que sería su obra más famosa (*Das deutsche Genossenschaftrecht*, entre los años 1868-1881) en la que esclarece que las personas jurídicas no son una creación ideal del legislador, más bien un conjunto de organismos o entidades activas que gozan de una presencia en la vida social y económica, a más de que son independientes de los sujetos que las conforman. La formulación de Gierke busca superar la construcción teórica de la persona ficta, por cuanto presenta nuevas reflexiones y argumentos con la finalidad de consagrar la realidad de los grupos colectivos frente a la omnipotencia del Estado. Sobre ello, José Luis Lacruz Berdejo afirma que para Otto Gierke:

“La persona jurídica es una efectiva y completa persona igual a la individual, si bien, en contraposición a ella, una persona compuesta. La corporación es una unión de individuos con una personalidad que brota de sí misma: su alma es una voluntad común unitaria; su cuerpo, un organismo social: es un ser viviente superindividual. Desde el momento en que hay una voluntad y un fin colectivo, existe la persona moral. Por cierto, no puede actuar ella misma, sino mediante órganos; pero esta necesidad técnica no contradice la realidad de las personas morales, pues ocurre lo mismo con las personas físicas, que sólo por la cooperación de órganos corporales pueden manifestar su voluntad. Al expresar su voluntad la persona colectiva por medio de órganos, no se produce un fenómeno de la representación, sino que la voluntad y acción del órgano son actuación y vida de la personalidad inmanente al ente; es la misma persona colectiva la que quiere, mediante su órgano.”¹⁶

En efecto, O. von Gierke buscó montar una estructura de ideas suficientemente confiables y persuasivas erigidas en torno a la concepción de comunidad y de corporación, requiriendo para su reconocimiento la aplicación de la presunción de realidad en la fijación de las responsabilidades de sus miembros o representantes. Por otro lado, estos postulados generaron, indiscutiblemente, ataques por un sector de la doctrina que certificó que ellos sólo sirven de sustento a una clase particular de personas jurídicas (las asociaciones), mientras que descarta las de tipo fundacional, una vez que a un patrimonio no se le puede atribuir una voluntad propia.

¹⁶(LACRUZ-BERDEJO *et al*, 2010, p. 266).

Cabe considerar, por otra parte que la teoría orgánica o de la realidad experimentará una significativa evolución, que dará lugar a la teoría institucional impulsada por Santi Romano y Guido Fasso (Italia) y Maurice Hauriou (Francia). De acuerdo con estos juristas, la persona jurídica reside en una especie de organización social predestinada a la obtención de un fin que encuentra su fundamento en el elemento organización, de modo que al derecho sólo le va a interesar los grupos humanos ligados por una cooperación ordenada, esto es, bajo un poder autonormativo interno. Debe señalarse que la crítica a esa teoría, se centra en la falta de una explicación razonable para la atribución de personalidad a las personas jurídicas, que se forman sin el objetivo de prestar un servicio o de ejercer un oficio. Como indica F. Capilla Roncero:

“Las críticas fundamentales a esta concepción institucional se orientan en dos sentidos. En primer lugar se critica la sobrevaloración del elemento sociológico que no se corresponde verdaderamente con el proceder del legislador. Y, así, por ejemplo, se apunta la quiebra de tal postura ante supuestos como el de la familia, grupo que claramente se puede integrar en el concepto de institución y al que, sin embargo, normalmente, no se le reconoce personalidad jurídica, a pesar de que el poder del Estado interviene con creciente fuerza en su interior. En segundo lugar, se critica la unilateralidad de la concepción institucional, que al hacer elemento de la personalidad jurídica, el poder autonormativo del grupo o autonomía, desconoce la existencia de numerosas personas jurídicas que, por el contrario, se someten completamente a disposiciones externas: tal ocurre siempre con las fundaciones, donde la persona jurídica fundación está siempre sometida a la voluntad (que es previa) del fundador; o en numerosas personas jurídicas de Derecho Público, jerárquicamente dependientes y subordinadas de disposiciones superiores.”¹⁷

c) Teorías formalistas y normativistas

Francesco Ferrara se adhiere a la teoría formalista para explicar la naturaleza de las personas jurídicas, lo que proporcionó un decisivo progreso sobre su conocimiento. A la luz de la concepción formalista, la personalidad jurídica es resultado del orden jurídico y surge con el reconocimiento del derecho, en tanto que Ferrara la describe como una forma de regulación, un procedimiento de unificación, la forma legal que ciertos fenómenos de asociación y de organización social reciben del derecho objetivo¹⁸. Así, el instituto de la persona jurídica no sería una ficción y tampoco una realidad, sino una categoría jurídica o forma orgánica mediante la cual las entidades podrán actuar en el tráfico jurídico como sujetos de derechos y obligaciones.

A consecuencia de lo anteriormente expuesto, se presentaron otras teorías como variaciones de la elaborada por F. Ferrara que siguieron una línea destacadamente normativista. Entre los autores que defienden esa nueva tendencia se puede mencionar Kelsen, Hart, Ross, Scarpelli, Ascarelli y Galgano, los cuales consideran la persona jurídica como una categoría jurídica que debe de ser interpretada como un centro de imputación de normas, sin cualquier referencia a un sistema normativo preexistente. Dicha ideología normativista la admite como una creación del pensamiento humano, que luego se convierte en un centro unitario de un conjunto de normas situadas en la trama lógico-formal del derecho que, a su vez, responde a una cierta realidad.

¹⁷(CAPILLA RONCERO, 1984, págs. 59-60).

¹⁸(FERRARA, 1929, p. 342).

Dentro del marco conceptual de Hans Kelsen en el ámbito de su famosa Teoría Pura del Derecho, la cual preconiza una coherente y extraordinaria construcción del orden jurídico, tanto la persona física como la persona jurídica son simples unidades pertenecientes a un conjunto de normas. Ambas residen en construcciones auxiliares que están enmarcadas dentro del universo de la ciencia jurídica como la personificación de un grupo de normas jurídicas, obligaciones y autorizaciones cuya diferencia entre ellas radicaría en la división de funciones, lo que Kelsen designó de orden jurídico total y orden jurídico parcial. La distinción entre esos dos órdenes permite estimar que la persona jurídica es un reflejo de los actos u omisiones de las conductas de los hombres y que, de esa manera, sus derechos y deberes sólo podrán ser ejercidos o violados mediante los comportamientos positivos o negativos llevados a efecto por los seres humanos¹⁹.

Ahora bien, las recientes tendencias en el sector de la doctrina han tenido fuerte influencia, en mayor grado, de la filosofía analítica donde H.L.A Hart aparece como uno de sus principales representantes. El jurista inglés, conforme recuerda la autora italiana Anna Pintore, asegura que la persona jurídica sirve como una selección de la conexión entre una pluralidad de actos o hechos, que resultan calificados en cierto modo y considerados unitariamente²⁰. El criterio de selección que se permite utilizar es lo fijado por las normas, excluyéndose cualquier elemento extranormativo. A ese planteamiento de Hart, se aproximan las ideas del jurista nórdico Alf Ross para quien las personas jurídicas consisten en instrumentos que integran el lenguaje del derecho y que, desde un principio, están destinadas a facilitar la exposición de la disciplina jurídica²¹.

Posteriormente, Uberto Scarpelli en el afán por elaborar un concepto de persona jurídica advierte que el problema central gravita en determinar las condiciones de uso de dicho concepto jurídico, sin contentarse con metáforas ni con elusiones mediante el empleo de la ficción. Tras revisar una serie de teorías que buscaron esclarecer tales condiciones, él considera la necesidad de una cierta disciplina jurídica, de un cierto tratamiento normativo de hechos y de comportamientos. De tal modo, enseña que la condición de uso de la persona jurídica (así comprendida como un grupo humano organizado para la realización de ciertos objetivos) se centra en la existencia de un ordenamiento normativo que la toma como referencia para su regulación, a diferencia de la condición de uso de la persona física que sería el ser humano. En palabras del propio U. Scarpelli:

“La condición de uso del concepto de persona jurídica es una disciplina jurídica que comporta la previsión normativa de una pluralidad de hechos, actuales y posibles, meros hechos o actos; una conexión entre ellos consistente en la referencia a un mismo ordenamiento; y la atribución a tales hechos de una relevancia jurídica en función de relaciones que median entre ellos.”²²

Tulio Ascarelli defiende que la expresión *persona jurídica* indica una disciplina normativa que se refiere siempre a las relaciones entre los hombres y que es sintetizada como una entidad conceptual a que el derecho recurre cuando tiene que dar una respuesta a una finalidad

¹⁹(KELSEN, 2011, p. 77).

²⁰(PINTORE, 1983, p. 750).

²¹(ROSS, 1994, p. 175).

²²(SCARPELLI, 1985, p. 192).

determinada²³. Actualmente, Francesco Galgano, coincidiendo con D'Alessandro, comenta que las personas jurídicas son símbolos o signos incompletos, y postula que tanto ese género de personas como cualquier otra organización colectiva provienen de la mente humana como resultado de una reducción intelectual a la unidad de una pluralidad de seres humanos, cuya naturaleza representa una mera técnica, de separación del riesgo y de la responsabilidad²⁴.

Además de la gran importancia desempeñada por las tesis formalistas y normativistas en lo relativo a la búsqueda de una explicación sobre la compleja naturaleza del instituto de la persona jurídica, éstas igualmente han sido foco de innumerables críticas en razón del excesivo formalismo que derivan de sus contenidos. Siguiendo ese mismo raciocinio, resulta necesario subrayar que algunas críticas, especialmente las que están dirigidas a las teorías normativistas, indagan sobre el enorme poder concedido al Estado, quien será en última instancia responsable de decidir sobre el reconocimiento de la personalidad respecto a unos y otras personas colectivas.

d) Teorías negativistas

Los adeptos a esas teorías sostienen que la condición de persona es exclusivamente imputada a los seres humanos de modo que cualquier organización colectiva no recibe un tratamiento diferenciado por el derecho, pues tan sólo simboliza la unión de las personas físicas que la integran. Esas tesis, igual se aplican a los entes de derecho público (en el caso del Estado) cuya voluntad y capacidad dependen de las acciones y comportamientos del conjunto de individuos que lo componen. A través de esas ideas, muchos juristas negaron la presencia de las personas jurídicas, una vez que no las vislumbraron como personas sino como simples patrimonios.

Aparece, así, la teoría del *patrimonio de afectación* cuyo máximo ponente fue el alemán Brinz, que partiendo de las ideas de Windscheid de que sujeto apenas es el hombre, distingue entre dos clases de patrimonios: los que están referidos a individuos determinados y la de los atribuidos a un fin destinado. Por las consideraciones anteriores, Brinz concluye que sólo las personas físicas poseen un patrimonio y que las relaciones jurídicas se dan entre ellas y las personas reales; luego no existen las personas jurídicas, sino patrimonios sin propietarios, que también pueden ser titular de derechos y obligaciones. Con todo, esa teoría sufre de una grave contradicción, ya que nunca logró explicar el surgimiento de aquellas personas jurídicas que carecen de patrimonio.

Asimismo, la teoría individualista o del sujeto de la colectividad elaborada por el célebre Rudolf von Jhering difunde la noción de que la personalidad jurídica consiste en un simple instrumento técnico para que sus miembros exterioricen sus relaciones jurídicas, o sea, ella no es más que un procedimiento de simplificación de tales relaciones. Dentro de ese mismo orden de ideas, los titulares de los derechos atribuidos a las personas jurídicas son sus propios miembros, es decir, los auténticos destinatarios de los intereses en juego lo que lleva a la forzosa conclusión de que el hombre es el único sujeto de derecho²⁵. A este respecto Rudolf von Jhering pronuncia que:

²³(ASCARELLI, 1959, p. 271).

²⁴(GALGANO, 1988, p. 80).

²⁵Tal teoría tiene un carácter parcial, pues se ocupa casi únicamente de una sola especie de persona jurídica.

“Los miembros aislados son los verdaderos destinatarios de la persona jurídica; pero consideraciones prácticas: exigen, ciertamente, que los intereses comunes sean perseguidos, no por los individuos aislados, sino por el conjunto de ellos representado por una unidad personal artificial. (...) la persona jurídica, como tal, es incapaz de gozar porque no tiene ni interés ni fines. No puede, pues, tener derechos, porque los derechos sólo son posibles allí donde pueden alcanzarse, es decir, donde pueden ser útiles á su causahabiente. Un derecho que no puede nunca alcanzar ese fin en la persona del derecho-habiente es una quimera inconciliable con la idea fundamental del principio del derecho. Semejante anomalía sólo puede existir en apariencia: el sujeto aparente del derecho oculta al verdadero. Desde que se pierde de vista la idea fundamental del derecho, de que el hombre es sólo el destinatario de los derechos, fácil es perderse en el camino de la personificación”. (...) Los verdaderos sujetos del derecho, no son las personas jurídicas, sino los miembros aislados; aquéllas no son más que la forma especial mediante la cual éstos manifiestan sus relaciones jurídicas al mundo exterior, forma que no tiene importancia alguna para las relaciones jurídicas de los miembros entre sí.”²⁶

e) Teorías contemporáneas

La revisión crítica de las nociones ya expuestas ha dado lugar a variadas reacciones, tanto en el ámbito de la doctrina como en la jurisprudencia comparada, que consideraron superadas las tesis que durante siglos trataron de explicar la naturaleza del instituto de la persona jurídica (ficción o realidad). A partir de la influencia de la concepción formalista en la que los entes dotados de personalidad se equiparan a los hombres como sujetos de derechos subjetivos y relaciones jurídicas, varios autores y tratadistas propusieron teorías fundadas en la presencia de una persona jurídica con una autonomía patrimonial que supone su base económica, más allá de funcionar como un auténtico substrato de garantía y de responsabilidad en el tráfico jurídico.

La autonomía patrimonial, conforme Joaquín Rodríguez Rodríguez, es un efecto de la personalidad que, a su turno, otorga a la persona jurídica la condición de sujeto de derechos en la medida en que: (a) tiene un nombre con el cual actúa en el mundo de los negocios; (b) posee un domicilio que es la base física de su residencia; (c) participa de la realización de negocios jurídicos con la posibilidad de asumir obligaciones resultantes de ellos y adquirir los derechos correspondientes; (d) pueden ser sujetos de una relación procesal; e) de otro lado, le atribuye un patrimonio propio al separar los bienes y responsabilidades de la persona jurídica con los de sus gestores y, finalmente, declara la incomunicabilidad de las deudas contraídas por uno al otro²⁷. En ese mismo sentido y dirección, el civilista Rubéns Requião entiende que la autonomía de la persona jurídica es, indudablemente, un efecto resultante de la personificación una vez que:

“(1) Se considera la sociedad una persona, esto es, un sujeto capaz de derechos y obligaciones; (2) teniendo la sociedad, como persona jurídica, una individualidad propia, los socios que la constituyen no se confunden con ella; (3) la sociedad con personalidad adquiere amplia autonomía patrimonial que responde ilimitadamente por su pasivo; (4) la sociedad tiene la posibilidad de cambiar su estructura tanto jurídica, con la modificación del contrato adoptando otro tipo de sociedad, como económica, con la retirada o ingreso de nuevos socios, o simple sustitución de las personas, por la cesión o transferencia de la parte capital.”²⁸

²⁶(JHERING, 1998, p. 1043).

²⁷(RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, 1971, p. 118).

²⁸(REQUIÃO, 1986, p. 287).

Dadas las condiciones que anteceden, las nuevas teorías entienden que la personalidad jurídica tiene como uno de sus principales atributos la autonomía patrimonial, si bien es cierto que no está adscrita apenas a ella, pues sí así fuera se estaría limitando indiscriminadamente el concepto de personalidad que posee varios matices dentro del universo del derecho. En otros términos, la concesión de la personalidad genera como efectos más decisivos la adquisición de una autonomía patrimonial de la persona jurídica con relación a sus miembros y la producción de una separación de responsabilidad entre los mismos. Además, tal principio reside en una importante prerrogativa al desarrollo de diversas actividades económicas en el contexto económico actual²⁹.

Es, por lo tanto, sobre la base de la noción de personalidad y de responsabilidad que se edifica la idea de sociedad (persona jurídica formal) que sirve como herramienta puesta al servicio del sistema capitalista, orientada a la propiedad privada de los medios de producción y a la libertad de los individuos para realizar contratos que regulen sus propios intereses. De modo pues que la actividad mercantil encaminada a la rentabilidad en un régimen de mercado basado en la libre competencia, contempla la estructura societaria como un medio adecuado y eficaz para que un grupo de individuos pueda realmente lograr un fin económico, lo que requiere el mantenimiento de un patrimonio autónomo concretado mediante una limitación de responsabilidad.

“Las sociedades mercantiles, y en especial la sociedad anónima, se transforman en un puro instrumento para intervenir en la vida económica, sin que exista ninguna realidad social que exija la personificación. Las personas de los socios son por completo irrelevantes hasta el punto de que se da la carta de naturaleza sin ningún escrúpulo a la sociedad anónima de un solo socio y a su personalidad jurídica, porque se conceptúa la persona jurídica como una técnica instrumental que sirve para separar el patrimonio propio de sus elementos personales, y aislar la esfera de imputación, en cuanto los efectos y consecuencias de los actos y negocios de la persona jurídica son para ella y no para sus componentes.”³⁰

En conclusión, el principio de la autonomía patrimonial surgido de la práctica mercantil y que a ella se adapta, juega un papel fundamental para el desarrollo del sistema económico considerado en su conjunto, puesto que impulsa la inversión financiera al mismo tiempo en que incentiva a los empresarios a poner en marcha actividades económicas de gran relevancia para un país, sin el temor o recelo de que tengan sus patrimonios personales comprometidos. Es más, se puede perfectamente admitir que el reconocimiento del principio de la autonomía patrimonial tiene como propósito el de limitar los riesgos inherentes a cualquier actividad empresarial, lo que acaba por fomentar las condiciones ideales al crecimiento sostenible de la economía moderna.

1.3. Reconocimiento y abuso de la personalidad jurídica

La personalidad jurídica, tal como se ha ido exponiendo, es una estructura abstracta que desempeña gran importancia en la movilización de intereses comunes, por cuanto pretende dar un tratamiento uniforme a los actos de una organización patrimonial que se sustenta por un

²⁹Para una referencia bibliográfica sobre la personalidad jurídica, véase Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL (1977), *Instituciones de Derecho Civil: Parte general y derecho de obligaciones*, Tomo I, Alianza Editorial, Madrid.

³⁰(DÍEZ-PICAZO *et al*, 2003, p. 589).

grupo de individuos. Esta noción de personalidad jurídica, expresada así en los más recientes estudios sobre el particular, entraña un recurso técnico del ordenamiento positivo para dar tratamiento jurídico unitario a la colectividad que nace de un contrato social³¹.

Considerando lo antes planteado, el reconocimiento del mecanismo de la personalidad jurídica (según los textos legales de muchos países) ocurre con el perfeccionamiento de un negocio jurídico constitutivo que, bajo la denominación de contrato de sociedad, determina el nacimiento de una serie de derechos y obligaciones tanto para el ente social como para los individuos que ostentan la posición de socios³². El tenor del referido contrato difiere en razón del tipo societario elegido y de la estructura contractual adoptada, lo que va a fijar el correspondiente régimen patrimonial y la concreta demarcación de responsabilidad entre los socios y la sociedad³³.

Debido a la extraordinaria facilidad para crear una persona jurídica y otorgarle una personalidad jurídica (celebrar un contrato de sociedad en escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil) lo que va a generar una independencia, tanto de orden patrimonial como una capacidad para actuar en las relaciones externas con terceros, unido a la creciente ambición de los intereses y conveniencias particulares de sus miembros, no sólo ha permitido la proliferación de varias sociedades; sino también el hecho de que éstas puedan ser utilizadas abusivamente para realizar los más diversos tipos de fraudes y actividades ilícitas en detrimento del objetivo social.

“Bautizar de persona jurídica una organización cualquiera, llevaría siempre consigo el mismo efecto mágico, la irresponsabilidad personal de quienes la manejan y se aprovechan de ella; respecto de los actos y de las deudas que contraigan en nombre de aquélla. Este resultado, no puede negarse, producirá grandes ventajas prácticas en el campo financiero e industrial. Los socios confían sus aportaciones a los gerentes de la empresa, se desentienden de todo lo que no 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 el dinero ajeno. Procedimiento de capitalización de las empresas, tan facilitado por la figura de la Sociedad Anónima, que hace de ésta un instrumento de la mayor eficacia, decisivo, para el desarrollo económico moderno.”³⁴

La afirmación anterior adquiere especial relevancia al referirse a los efectos *favorables* de la concesión de la personalidad jurídica, principalmente en aquellos modelos societarios en los que los socios se *benefician* por no responder personalmente de las deudas sociales (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), abriendo paso a una deformación de la personalidad jurídica para hacerla servir como instrumento atractivo a las diversas y creativas formas de fraude y abusos de derecho. Por lo general, se lleva a cabo un fraude de ley si se interpone una persona jurídica para eludir la aplicación de normas imperativas determinadas, según observan Díez-Picazo y Antonio Gullón al tomar como referencia los siguientes ejemplos a continuación:

³¹Fernando SANCHÉZ CALERO (2011), *Instituciones de derecho mercantil*, 34ª ed., Aranzadi, Pamplona, p. 340.

³²Una magnífica obra sobre el derecho de sociedades se encuentra en Cándido PAZ-ARES (2006), “La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad”, en R. Uría y A. Menéndez (directores), *Curso de derecho mercantil*, 2ª ed., Tomo I, Civitas, Madrid, especialmente las págs. 469-499.

³³Así siendo, en una sociedad anónima, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada la autonomía es plena, mientras que en las sociedades colectivas y comanditarias simples los socios colectivos responden en forma subsidiaria de las deudas sociales.

³⁴(DE CASTRO Y BRAVO, 1984, p. 270).

“Se crea una pluralidad ficticia de concursantes a una subasta o se elude el régimen de traspaso de local de negocios: se elude la prohibición de que el ciudadano extranjero pueda adquirir bienes inmuebles en zonas estratégicas del territorio nacional. En otras ocasiones, mediante la sociedad mercantil se puede también tratar de producir un fraude de acreedores eludiendo a la norma del artículo 1.911 C.c., según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (responsabilidad ilimitada). Se recurre para ello a la formación de una sociedad en la que suscribe el capital el único constituyente real con sus amigos (y en algunas ocasiones empleados). Se logra así, que su actividad se desenvuelva sin peligro alguno bajo el velo de una sociedad anónima. En otras ocasiones, puede producirse también un fraude de los derechos de los socios de una sociedad cuando se crean sociedades filiales, con propia personalidad jurídica y con patrimonio propio, y se trasladan a ellas los beneficios derivados de determinados negocios.”³⁵

También sin ánimo de exhaustividad cabe señalar que José Luis de los Mozos denuncia que los abusos de personificación destinados a la satisfacción de las conveniencias privadas de los miembros de las personas jurídicas, han desencadenado una viva reacción en el ámbito de la doctrina, jurisprudencia y legislación respecto a la toma de consciencia sobre toda esa problemática. Según el autor español, los estudios empíricos indican que el empleo abusivo de la personalidad jurídica ha tenido lugar en los siguientes supuestos, aspectos o situaciones, a saber:

“a) La primera cuestión a aparecer fue en relación a la nacionalidad de las personas jurídicas, cuestión que se prestaba a abusos cuando aquella había sido elegida o determinada con un criterio más o menos ficticio, lo que ya se planteó con ocasión de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), pero que aparte de la beligerancia de la persona jurídica, se puede prestar a otras situaciones insólitas en materia fiscal, inversión de capitales extranjeros, evasión de capitales, etc; b) otro campo de propicio al abuso de la forma de la persona jurídica es el fraude fiscal, sobre lo que existe en casi todos los países, desde hace algún tiempo, una fuerte reacción legislativa; c) en el derecho de sociedades anónimas merece especial atención la llamada sociedad de un sólo socio, en cuyo caso se considera que no actúa la limitación de la responsabilidad, propias de las sociedades de capital; d) en el mismo campo la doctrina francesa, ya de antiguo, ha insistido en la idea de que las personas jurídicas actúan por grupos, no existiendo un verdadero equilibrio entre la forma jurídica y la realidad económica, lo que da lugar al fenómeno de los carteles, de las sociedades filiales, etc., entendimiento que, en estos casos, hay que buscar la verdadera conexión con independencia de los límites informales que separan unas personalidades de las otras; e) algo parecido sucede también en materia de limitación de la concurrencia o, en otro sentido, en cuanto a la extensión de la quiebra, a aquellas personas o entidades que se hallen en real conexión con el quebrado, y así otros supuestos, o siempre que se busca la simulación, el fraude a la ley, o el perjuicio de terceros.”³⁶

Con referencia a la clasificación anterior, las desviaciones de la personalidad jurídica caracterizadas por lo que se puede llamar de distanciamiento de la relación entre los intereses del ente personificado respecto a sus miembros (expresión conocida como la *quiebra del dogma del hermetismo de la persona jurídica* con especial trascendencia en las sociedades de capitales) han producido una indignación y esfuerzo de la jurisprudencia, de la doctrina y, luego, de la legislación por combatir las. Los tribunales de justicia de muchos países han admitido en algunos casos la necesidad de ejercer un mayor control sobre los fines de la persona jurídica mediante la técnica de *levantar su velo* o *desentenderse de su personalidad* para llegar hasta el fondo de su

³⁵(DÍEZ-PICAZO *et al*, 2003, p. 590).

³⁶(DE LOS MOZOS, 1983, págs. 843-844).

sustrato personal, cuando concurren suficientes indicios de que la sociedad haya sido utilizada para la realización de fines declaradamente contrarios a los que el derecho permite³⁷.

Vinculado a lo anterior, el uso indebido del instituto de la personalidad jurídica ha desvirtuado el principio de la autonomía patrimonial que pasó a ser utilizado en beneficio de aquel deudor que, encubierto detrás de la máscara de la persona jurídica, buscaba amparo a su patrimonio personal valiéndose de la dificultad (o mismo de la imposibilidad) de ser demandado en razón de sus obligaciones personales. Es por estas razones que la doctrina de los últimos años ha sido obligada a correr el velo de la forma de la persona jurídica, para así alcanzar el patrimonio de las personas naturales que actuaron de manera impropia y luego ilícita, con la finalidad de obtener soluciones satisfactorias presididas por los principios generales de la seguridad y de la justicia³⁸.

La referida línea doctrinal fue acogida por la jurisprudencia de una gran cantidad de países occidentales. Desde una perspectiva histórica, los tribunales o cortes de justicia de los Estados Unidos fueron las primeras en combatir esos abusos de la personalidad jurídica durante el transcurso del siglo XX. La razón para ello, quizás, puede ser explicada por el expresivo crecimiento económico de aquel país tras la llamada Guerra de Secesión (1813 - 1865) y por el pragmatismo de las cortes americanas que, en virtud de la flexibilidad y grado de desarrollo del sistema *Common Law* sobre la formación del concepto de persona jurídica, proporcionó un progreso de soluciones en esta área. Todo lo anterior lleva a Carlos Lasarte a declarar que:

“No es de extrañar que hayan sido los Tribunales norteamericanos los primeros en llegar a semejante conclusión: el capitalismo salvaje y la idea de enriquecimiento rápido inherente a su sistema económico (trasplantado, sin duda, al resto de las sociedades occidentales) ha provocado, verbigracia, traspasos millonarios de sociedades matrices a sociedades filiales (o viceversa), dejando a los acreedores con dos palmos de narices, pues la limitación de la responsabilidad (dato técnico) amparaba semejante resultado, pese a la evidencia de la corruptela.”³⁹

Ante todo lo expuesto, el uso irregular de la persona jurídica (principalmente bajo la forma de la sociedad anónima) conllevó a un cuadro que ha terminado por convencer a los más escépticos sobre la existencia de una crisis de la persona jurídica o de su personalidad, lo que propagó una preocupación generalizada por conferir matizaciones y limitaciones al principio de la autonomía patrimonial, el cual es considerado un instrumento fundamental para la exploración de la actividad económica. Por otro lado, no sería absurdo también prever la posibilidad del potencial riesgo de la aplicación desmedida y arbitraria del levantamiento del velo hacia la degeneración de una de las mayores creaciones del derecho - persona jurídica - creada para estimular el desarrollo de la actividad mercantil sin traer riesgos a los bienes particulares de los socios⁴⁰.

³⁷Una exposición sobre los abusos cometidos a través de la forma de la personalidad jurídica está en F. VICENT CHULIÀ (1981), *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, edición del autor, Valencia, págs. 167-170.

³⁸El abuso puede ser caracterizado como el ejercicio doloso de un derecho con la clara intención de defraudar la ley (concepción subjetiva), o puede describirse en la utilización del derecho de manera contrario a sus fines, es decir, contrario a la función que le ha sido atribuida por el orden jurídico (concepción objetiva).

³⁹(LASARTE, 2011, p. 304).

⁴⁰El tema de la evolución del concepto de persona jurídica, así como la crisis en torno a este concepto también está presente en el libro de Luis LEGAZ Y LACAMBRA (1979), *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Bosch, Barcelona.

1.4. La crisis del concepto de persona jurídica

La concepción de persona jurídica amparada por la propuesta formalista (una realidad jurídica que cumple una utilidad social con una permanencia en el tiempo y caracterizada por el presupuesto de la autonomía patrimonial) entró en crisis con motivo de los abusos de su forma mediante actitudes dolosas, fraudes u otras actividades contrarias a los fines que justificaron su creación. En la gran mayoría de los casos se verifica que el fin social se hace personal, egoísta y procurado por los socios de la persona jurídica para cometer actos ilegales con la clara finalidad de enriquecerse de manera indebida en agravio de los otros socios o de terceros de buena fe.

“El afianzamiento de esta concepción formalista, por vía legislativa o a través de la interpretación de los materiales legislativos, unido al dogma del hermetismo de las personas jurídicas por ella impulsado, es el presupuesto fundamental de la crisis del concepto de la persona jurídica y de los abusos del mismo. Reducido el concepto de persona jurídica a una mera figura formal, un recurso técnico, se presta a su utilización para unos objetivos que no son los propios de la realidad social para la que nació dicha figura, sino otros muy distintos privativos de los individuos que la integran. Los socios podrán valerse de la sociedad para eludir al cumplimiento de las leyes, para desligarse de las obligaciones contraídas con terceros y, en general, para defraudar los intereses de éstos.”⁴¹

Frente a esta situación, la doctrina y la jurisprudencia trataron de superar ese inconveniente a través de la penetración en la dimensión formal de la persona jurídica con la aplicación de la doctrina o teoría del levantamiento del velo. Ello porque, el referido velo ha posibilitado a la pluralidad de personas que la integra a valerse del principio de la limitación de sus responsabilidades como instrumento para cometer actos ilícitos y refugiarse en la imposibilidad jurídica de que sean personalmente responsables. Así, la necesidad de tener que superar la estructura formal del ente colectivo para sacar a la luz su realidad interior en aras de contener los abusos de su forma, hicieron que el concepto entrara en una profunda crisis en el siglo XX.

“El problema que se trató de superar en la práctica era el de cómo penetrar tras dicho *velo*, que no es otra cosa que la dimensión formal de la persona jurídica. Este velo, que protegía a través de la naturaleza formal de la persona jurídica en cuanto objeto ideal y unitario, inasible en la realidad, a los miembros de dicho sujeto de derecho los que, amparados en el principio de la limitación de su responsabilidad, podían impunemente cometer actos ilícitos en perjuicio de terceros sin que les alcanzara responsabilidad personal alguna. Esta impunidad, esta imposibilidad jurídica de hacerlos personalmente responsables, encontraba su fundamento en la teoría formalista de la persona jurídica por la cual la persona jurídica es distinta de sus miembros, por lo que ninguno de ellos es propietario del patrimonio pero, simultáneamente, no responde por las obligaciones de la persona jurídica.”⁴²

De lo expuesto con anterioridad, José Lamartine Corrêa de Oliveira expone que la crisis de la persona jurídica se desdobra en una crisis de sistema y de función. Para el autor, cuando la norma no califica adecuadamente el ser que regula el sistema entra en crisis, pues el orden jurídico sólo tiene sentido cuando orientado esencialmente en base a determinados valores, sin los cuales no tiene una justificación posible. La persona jurídica, realidad accidental y sometida aquellos

⁴¹(BOLDÓ RODA, 2006, p. 40).

⁴²(FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1999, p. 43).

valores, existe en función de determinados fines, considerados humana y socialmente relevantes. Una vez que tales fines contrastan con los valores del ordenamiento jurídico ocurrirá una crisis de función del instituto⁴³. A modo de conclusión, J.L Corrêa de Oliveira advierte que:

“Las técnicas de *Disregard* o de *durchgriff* es el más agudo síntoma de crisis de función y tales técnicas denuncian la existencia de una desviación del instituto (de la función que le fue designada por el legislador) y, concomitantemente, pretenden evitar – principalmente al servir de inspiración a la interpretación de algunas normas legales específicas – el surgimiento concreto de nuevos casos de desviación.”⁴⁴

Por su vez, Fabio Ulhôa Coelho expone que la razón del enorme desprestigio de la autonomía de la persona jurídica se debe a dos diferentes factores: en un primer momento, en la utilización fraudulenta del expediente como medio de huirse al cumplimiento de deberes legales o contractuales; en un segundo momento, en la naturaleza de la obligación imputada a la persona jurídica⁴⁵. En ese mismo sentido y dirección, uno de los más connotados civilistas españoles Federico de Castro y Bravo sostiene que el descrédito del principio de la autonomía patrimonial se ha ido consolidando a través de las decisiones dictadas por los varios jueces de España, pues:

“Los jueces españoles han valorado la personalidad jurídica en su propio sentido; se desligan del mito del hermetismo y de la concepción formalista y han decidido los casos ante ellos planteados considerando la realidad de las relaciones jurídicas y la finalidad de las disposiciones legales. El Tribunal Supremo ha tenido presente el conocimiento de un requerimiento que, como particular, tiene el Presidente y socio mayoritario de una Sociedad Anónima; ha estimado que el socio a quien se adjudicó una finca al disolverse una sociedad de carácter familiar (constituida por cuatro hermanos) no es tercero de buena fe (tenía que conocer lo hecho); ha tenido en cuenta el cómo y porqué de la constitución de una Sociedad Anónima para negarle legitimación en una tercería de dominio respecto de los bienes que a ella aportada un socio, llegando hasta valorar la causa de la constitución de una Sociedad Anónima para declarar su ilicitud, por tener aquélla la finalidad de absorber otra sociedad en perjuicio de los socios de ésta; en base – se nos dice – de que los principios generales del Derecho común se aplican también al régimen de las sociedades.”⁴⁶

A la vista de los razonamientos que se han venido realizando, se puede entender que la llamada crisis de la persona jurídica, es decir, la crisis de su función reside en la utilización de aquel instituto en la búsqueda de finalidades consideradas contradictorias a los principios básicos y fundamentales que informan prácticamente todos los ordenamientos jurídicos occidentales. Así, la mencionada crisis resulta, más que todo, del impacto de la aplicación de conceptos patentemente obsoletos e inadecuados, teniendo como punto crucial de ese embate la creencia en el absolutismo de la persona jurídica que, a su vez, se presenta bajo varias manifestaciones.

⁴³J.L Correa de Oliveira todavía añade que la segunda crisis de la persona jurídica (la denominada crisis de la función) se inserta dentro de un fenómeno mayor, expreso en otros términos, en el crepúsculo de una metodología conceptualista en derecho privado, incapaz de soportar el contraste entre la fidelidad a la lógica formal del sistema y a la fidelidad de la justicia y a las finalidades humanas y sociales del derecho. Para otros detalles, véase J.L Correa de OLIVEIRA (1979), *A dupla crise da pessoa jurídica*, Saraiva, São Paulo, p. 605.

⁴⁴(OLIVEIRA, 1979, págs. 607-608).

⁴⁵(COELHO, 2002, p. 96).

⁴⁶(DE CASTRO Y BRAVO, 1984, p. 245).

Así, entre esas manifestaciones están: a) la persona jurídica como una expresión utilizada por el derecho para indicar ciertas situaciones jurídicas, o sea, una expresión lingüística que se reporta a distintos conceptos; b) la crisis de identificación entre la persona física y la persona jurídica, lo que puede ser traducido por la expresión antropomorfismo de la persona jurídica; c) la indudable fe acerca de la inmutabilidad de la persona jurídica manifestada tanto en la comprensión de su inmutabilidad en el tiempo como en el espacio; d) y, por fin, la convicción de que la persona jurídica consiste en un concepto único insertado dentro de un mismo ordenamiento jurídico⁴⁷.

De las evidencias anteriores, se puede extraer que la distorsión de la forma de la persona jurídica (mediante abusos, fraudes y perjuicios a terceros) deriva del uso indebido de la misma por los individuos que detentan su control que, junto al dogma del absolutismo del instituto, promueven la consecución de operaciones abusivas e ilícitas en la persecución de la maximización del lucro personal. Por cierto que las ventajas de la estructura de la personalidad jurídica han generado, de un lado, grandes beneficios lícitos; pero de otro, los más sorprendentes tipos de fraudes y abusos de derecho, lo que contribuyó a decretar la falencia del concepto de la persona jurídica⁴⁸.

Para finalizar, la positivización del principio de la autonomía en los sistemas jurídicos occidentales tuvo como trascendental objetivo el de viabilizar el desarrollo de los negocios en el contexto de una economía capitalista, a modo que los empresarios precedieran los riesgos que pudieran recaer sobre una inversión, sin que ello importara en la consecuente afectación de sus patrimonios personales. Sin embargo, lo que no se podía prever era que esa autonomía sería empleada para burlar la estructura personificada, de tal modo que fuera necesario proceder a la flexibilización de aquel principio, por medio de la aplicación de construcciones doctrinales y también jurisprudenciales que desestimaran o limitaran la noción de la personalidad jurídica.

⁴⁷(JUSTEN FILHO, 1987, p. 30).

⁴⁸Hay todavía autores, entre ellos Pierangelo Catalano, que afirman que la crisis de la persona jurídica está estrictamente relacionada con la crisis del Estado, una vez que "surge, en la doctrina y en la jurisprudencia, la necesidad de reinterpretar el adjetivo público atribuido a ciertas personas jurídicas. Al examinarse una categoría abierta a sucesivas mutaciones, como es la de los entes públicos, la contraposición entre las personas jurídicas públicas y privadas no parece ser utilizable en el sentido común de la distinción entre lo público y lo privado. Así, la crisis de la persona jurídica revela también su íntima conexión con la crisis del Estado". Para profundizar las ideas anteriormente expuestas, véase Pierangelo CATALANO (1995), "As raízes do problema da pessoa jurídica", *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e empresarial*, ano 19, v. 73, julho-setembro 1995, págs. 38-39.

2. La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica

2.1. Cuestiones generales y desarrollo histórico

A lo largo de los últimos tiempos, las diversas situaciones de abusos ocurridos mediante la persona jurídica como consecuencia de la incomunicación entre los intereses de ésta con los de sus miembros (quiebra del dogma del hermetismo de la persona jurídica), causaron un fuerte movimiento en la doctrina del siglo XX hacia una rápida solución a esa problemática. Se han multiplicado las críticas en torno a la concepción formalista de la persona jurídica (ente autónomo e independiente de derechos y obligaciones de los socios), en la búsqueda de una renovada base teórica para sustentar uno de los institutos más antiguos creados por el derecho⁴⁹.

Entre las distintas formas de organización de las sociedades mercantiles de la modernidad, los referidos abusos se manifiestan con bastante frecuencia, tal como ha sido mencionado por una gran cantidad de autores, mediante la forma de la sociedad anónima⁵⁰. Ese modelo societario, concebido como un importante instrumento de desarrollo del capitalismo moderno y el cauce para la realización de las grandes empresas, se constituye a partir del contrato social y se funda en las siguientes características: sociedad de responsabilidad limitada asentada en la colaboración de los socios y en la aportación de capital dirigido al logro de un objetivo social determinado.

“Calificando la sociedad anónima como persona jurídica, se crea un nuevo sujeto de derechos, quien asume la condición de comerciante, que posee un patrimonio propio, integrado por las aportaciones de los socios pero distinto al patrimonio particular de éstos y sujeto a la responsabilidad patrimonial universal frente a sus deudores, del mismo modo que lo están las personas físicas.”⁵¹

Así, la *ventaja* o *privilegio* de la limitación de la responsabilidad en aquel modelo de sociedad supone, sin duda, un enorme riesgo para que éste sea utilizado con la finalidad de beneficiar intereses ilegítimos al servicio del lucro capitalista. De manera que una figura societaria reciente, surgida a mediados del siglo XVII con ocasión de la organización de las empresas para el comercio y colonización de las Indias Occidentales, se ha transformado en un poderoso instrumento para la consecución de objetivos manifiestamente distintos y contradictorios con los que justificaron su estructuración. Sobre este particular, F. Capilla Roncero esclarece que:

“El dogma del hermetismo, añade a lo anterior la convicción de que el ente personificado y los miembros o sujetos que lo controlan mantienen una relación insalvable de reciproca extrañeza: los intereses de la persona jurídica son ajenos a los miembros; los intereses particulares de los miembros

⁴⁹El uso nocivo de la persona jurídica ha llevado a uno de los más conocidos civilistas españoles del siglo pasado F. De Castro y Bravo, a preguntarse en su artículo *Formación y Deformación del concepto de persona jurídica* si todavía existía alguna utilidad en dicho concepto y si realmente él responde a una realidad jurídica.

⁵⁰F. De Castro y Bravo llama la atención por los abusos cometidos a los demás tipos de personas jurídicas, pues en la práctica se conocen asociaciones con finalidad lucrativa y en las que el común de los socios queda excluido de su manejo; existe también cooperativas en las que el fin cooperativo es aparente y que se constituyen para esquivar al pago de impuestos o para dominar una rama de la industria o del comercio; las fundaciones son utilizadas para eludir las disposiciones prohibitivas de vinculaciones y *perpetuities*. Véase la gran obra del autor Federico DE CASTRO Y BRAVO (1984), *La persona jurídica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, p. 249.

⁵¹(BOLDÓ RODA, 2006, págs. 37-38).

son ajenos al ente personificado. Y todo ello con carácter irreductible. Así, las propiedades, deudas o créditos de la persona jurídica nada tienen que ver con los miembros de ella, ni viceversa. Aplicando esta concepción al caso concreto de la sociedad anónima se producen importantes resultados prácticos, que son los verdaderamente perseguidos por tal construcción.”⁵²

A simple vista, todo lo anteriormente dicho parece indicar que la aparición de la sociedad anónima está realmente aunada al inicio de la crisis del concepto de la persona jurídica. Para Francesco Galgano, ésta no afecta a la empresa capitalista en sí, sino que afecta a aquella particular forma jurídica de la empresa capitalista próxima, y al agotamiento definitivo de su ciclo histórico. El ciclo histórico se inicia en el momento en que la burguesía mercantil e industrial concibe grandes proyectos empresariales, que para ser realizados requieren ingentes capitales que aquella por sí sola, no posee, además que surge en una época en que la riqueza es distribuida entre dos clases sociales, la burguesía industrial y la comercial, donde ambas se necesitan⁵³.

Como se ha dicho al principio, la limitación o separación de responsabilidades ha propiciado situaciones en las que la personalidad jurídica ha servido para la práctica de maniobras fraudulentas. Esos abusos de personificación, cuyo auge se relaciona directamente con la sociedad anónima, desencadenaron un movimiento en Europa que propuso la sustitución de la noción formalista de persona jurídica, por una concepción realista en la que la personalidad residiría en un procedimiento técnico que utilizarían los juristas para agrupar y justificar ciertas necesidades que se les imponen. Esa noción posibilitaría un mayor control judicial de los fines de uno de los institutos de suma importancia para la vida económica: el de la persona jurídica⁵⁴.

Lo que importa observar es que el proceso de revisión del concepto de persona jurídica tenía la intención de reestructurarlo y adecuarlo a las necesidades del mundo moderno. En tal sentido surgieron soluciones doctrinales que plantearon la urgencia de la reducción del concepto a sus propios límites, a fin de que su utilización adquiriera un sentido compatible con un derecho realista; un realismo que busca interpretar la realidad, tal como se presenta, para alcanzar los problemas relativos al reconocimiento de la personalidad jurídica en aras de tutelar los valores de ese valioso recurso técnico. Es por ello que se suele decir que el ejercicio de la actividad empresarial por parte de la sociedad viene a ser el justo límite al empleo de dicho recurso técnico.

Los principales precursores del denominado movimiento revisionista europeo del siglo XX, que posteriormente se extendió a países de los demás continentes del mundo, fueron Fritz Haussmann (Alemania) seguido por Lorenzo Mossa (Italia), que sostuvieron una doctrina por la cual el sujeto dominante de una sociedad de capital debe ser responsabilizado por las obligaciones asumidas por la sociedad dominada. Paralelamente en Francia, Hamel y Durand dirigieron una gran reacción doctrinal a favor de la revisión conceptual de la persona jurídica.

⁵²(CAPILLA RONCERO, 1984, p. 64).

⁵³(GALGANO, 1980, p. 151).

⁵⁴Si bien es verdad que se ha encontrado durante ese periodo una corriente negativista, que sostenía el total abandono de la concepción de persona jurídica. Tal posición extremadamente radical ha sido bastante criticada por la doctrina, en general, y por F. de Castro y Bravo, en particular, pues para el autor una cosa es el uso inapropiado del concepto y otra muy diferente es su renuncia, esto es, la propia negación de la dogmática jurídica.

Pero si considera que la reacción más significativa y la que produjo una revolución en el sistema jurídico occidental es la que procede del derecho norteamericano en el que el sistema *Common law* tuvo una evolución diferente en cuanto a la formación del concepto de persona jurídica, idealizado de modo análogo al mantenido por F. Karl von Savigny. Quizás por ello es que fue posible ejercer un mayor control jurisdiccional sobre los fines de aquel concepto, lo que condujo a la elaboración de la doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia estadounidense.

a) La importancia del sistema judicial norteamericano: el inicio de una doctrina

La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica se convirtió en un patrimonio del derecho de sociedades norteamericano, por medio del cual los jueces y tribunales, en determinadas ocasiones, han traspasado la forma externa de la persona jurídica para investigar su realidad subyacente y alcanzar a sus integrantes y bienes cuando se dan conductas fraudulentas y antijurídicas con perjuicio de intereses públicos o privados. Lo que se quiere decir, es que se prescinde de la ficción o forma legal que presupone la personalidad jurídica y se juzga de acuerdo con su realidad interior con la finalidad de perseguir a los socios acusados de la práctica de actos contrarios a los principios esenciales que orientan las relaciones contractuales.

Uno de los primeros casos en donde se aplicó la doctrina en el sistema judicial estadounidense suele situarse en el caso del *Bank of The United States v. Deveaux* (1809) resuelto por el conocido juez Marshall. En esta demanda, los miembros de la sociedad recurrente eran todos extranjeros y por tal motivo objetaban la competencia de la Corte Federal, una vez que ésta sólo podría dirimir controversias referidas a ciudadanos de un mismo Estado. Además de ello, alegaban los socios que, siendo la sociedad la reunión de personas y que su existencia depende del reconocimiento directo de la ley, la persona jurídica jamás podía ser considerada como un legítimo ciudadano⁵⁵.

Ante tal situación, Marshall mantuvo la competencia jurisdiccional del Tribunal Federal en el caso enjuiciado, proclamando que aunque una de las partes fuera una sociedad (el artículo 3 de la Constitución Federal limita la jurisdicción de los tribunales federales a las causas entre los ciudadanos de diferentes Estados) era necesario atender a la realidad de los socios procedentes de distintos Estados como personas individuales que la integraban. Siendo así, el insigne juez consideró la sociedad como una entidad autónoma e independiente para penetrar en su interior y reconocer el conflicto existente entre los individuos que actuaban por medio de aquélla⁵⁶.

Ya en el siglo XX, y sobre todo a partir de la gran Primera Guerra Mundial, se ampliaron considerablemente el número de litigios relativos a los abusos de la personalidad societaria de tal

⁵⁵Se trata de una sentencia muy importante para la comunidad jurídica. Su máximo logro es que a partir de ella se inició una tendencia o criterio en varios países occidentales sobre la aplicación del levantamiento del velo.

⁵⁶El derecho norteamericano que contribuyó al desarrollo del *disregard* consagra la prevalencia de la jurisprudencia por encima de la doctrina y la legislación. Tal prevalencia deriva del esquema federativo que rige a los Estados americanos, en que cada uno de ellos dispone de una autonomía federativa para legislar, lo que denota una dificultad para compatibilizar una sistematización doctrinal y legislativa acerca de una dada materia, en razón de las inúmeras interpretaciones posibles en cada Estado. Sobre el derecho norteamericano, véase la obra de Lawrence Meir FRIEDMAN (1988), *Introducción al derecho norteamericano*, Bosch, Barcelona.

modo que el *disregard of the legal entity* dio lugar a una vasta literatura jurídica sobre el asunto e, incluso, una jurisprudencia propia: *The piercing the veil jurisprudence*⁵⁷. El inconveniente que reviste la doctrina que se planteó en los Estados Unidos (así como en otros países) gravita en torno a la demarcación de los límites entre el respeto a la autonomía del instituto de la persona jurídica y las situaciones en las que sería realmente posible desconocerla. Se buscó, entonces, adoptar una directriz general en cuanto a su aplicación como bien insinúa Maurice Wormser:

“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.”⁵⁸

Tal como se observa, la dificultad de la doctrina reside ante todo en la falta de criterios objetivos predeterminados para levantar el velo de la sociedad o una fórmula que permita afirmar cuando los tribunales podrán o no levantar tal velo, lo que hace que la decisión dependa del análisis del caso específico⁵⁹. Por otro lado, es cierto que la desestimación de la personalidad jurídica no puede dar margen a la violación al principio de la seguridad jurídica; es por ello que los tribunales norteamericanos pasaron a emplear aquella medida solamente en los casos calificados como excepcionales. Se ha entendido que debe valerse de toda y cualquier medida, antes de transgredir el principio de la responsabilidad limitada de las sociedades de capitales.

“Todos los autores de derecho societario están de acuerdo de que en algunos casos y bajo ciertas circunstancias, una empresa debe ser considerada como una personalidad jurídica totalmente separada de los acciones individuales. Prácticamente todos los autores también están de acuerdo en que en algunos casos esa teoría de la personalidad jurídica precisa ser desconsiderada.”⁶⁰

A finales de los años ochenta, el profesor catedrático de la *Washington University School of Law* - Robert Thompson - realizó un importante estudio descriptivo acerca de un conjunto de casos en los que se solicitó el levantamiento del velo de la persona jurídica ante los tribunales o cortes de justicia norteamericanas. La principal finalidad de la obra denominada *Piercing The Corporate Veil: An Empirical Study* era la de conocer la exacta fundamentación que motivan a los tribunales a levantar el velo de la sociedad comercial y, de ese modo, R. Thompson examinó un total de aproximadamente 1.583 casos, tomando como base criterios muy diversos, entre los cuales se puede mencionar el tipo de sociedad, la naturaleza del crédito, la especie de sociedad.

⁵⁷Hasta ese momento, la doctrina se había limitado a ser aplicada por los Tribunales en las situaciones relativas a la interposición de una forma cooperativa en los negocios realizados por un empresario individual con la intención de eludir responsabilidades. Es lo que se ve en *Harris v. Youngstone Brigde Co.* (1898), *Kankee & S.R.Co v. Horan* (1890), *Bundred v. Rice* (1892). Sobre ello, véase José HURTADO COBLES (2000), *La doctrina del levantamiento del Velo Societario: Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Atelier, Barcelona, p. 28.

⁵⁸(WORMSER, 1929, p. 84).

⁵⁹Han surgido teorizaciones en la jurisprudencia americana que intentaron fijar los correctos límites para la aplicación del *disregard*. Entre ellas, *The Instrumentality Doctrine* (levantar el velo en los casos de elusión al cumplimiento de normas); *The Alter Ego Doctrine* (casos de extensión de responsabilidad en los grupos de sociedades) y mantiene una coordinación con la primera; y *The Identity Doctrine* (casos en que existe una identidad común entre la sociedad dominante y la dominada). Para más detalles, véase Carmen BOLDÓ RODA (2006), *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 4ª ed., Aranzadi, Pamplona.

⁶⁰(WORMSER, 1912, p. 496).

R. Thompson concluyó que no existen casos de aplicación de la teoría del *disregard of the legal entity* a una corporación pública, lo que demuestra la justa preocupación de los jueces en proteger los inversores de mercados de capitales. También, el velo societario se levantó en el 40% de los casos examinados con mayor incidencia en las situaciones de acreedores contractuales en comparación a aquellos que se tornaron acreedores en razón de la responsabilidad civil de la sociedad por actos ilícitos. Asimismo, el estudio empírico indicó que el número de socios influye decisivamente sobre la decisión de los tribunales de levantar o no el velo de la persona jurídica empresarial (cantidad mínima de socios revela mayor probabilidad de una sentencia favorable al levantamiento del velo de la sociedad); y, por último, la tendencia hacia el levantamiento del velo contra los socios que son personas físicas que cuando éstos son personas jurídicas⁶¹.

Desde otra perspectiva, Matteo Tonello destaca la importancia de las sociedades mercantiles en el desarrollo de la economía de los Estados Unidos, al mismo tiempo en que defiende la autonomía de la persona jurídica, o sea, la limitación de responsabilidad hacia la captación de inversiones privadas. Para M. Tonello, el régimen de limitación de responsabilidad debe ser ignorado en casos puntuales, principalmente al tratarse de sociedades individuales o familiares, y siempre cuando tal desconsideración sea imprescindible para asegurar el derecho de terceros acreedores. Además de lo anteriormente expuesto, el principal argumento respecto a la defensa del régimen de la responsabilidad ilimitada reside en el absoluto convencimiento de que éste representa una significativa garantía que opera en favor de los acreedores de una determinada sociedad⁶².

A manera de resumen, el levantamiento del velo en la práctica judicial norteamericana encuentra respaldo tanto en la doctrina como en las decisiones de las cortes de justicia, las cuales fijan algunos criterios en lo que atañe a la preservación del principio de la limitación de responsabilidad (instrumento de incentivo a las inversiones financieras). Por lo demás, se ha aceptado la posibilidad de relativizar tal principio, bajo circunstancias excepcionales, mediante el empleo de la técnica del levantamiento del velo al comprobarse el abuso de la personalidad jurídica para promover situaciones injustas contra los intereses de acreedores e inversores.

b) El principio de la personalidad jurídica separada en el derecho de sociedades inglés

En contraposición a la gran evolución experimentada en el modelo jurídico norteamericano, la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica (*disregard of the legal entity*), en un principio, tuvo un escaso desarrollo en las tierras inglesas pues carecía tanto de un abordaje en el campo teórico, como también de la ausencia de decisiones en la jurisprudencia. Sin embargo, actualmente los autores han considerado que ella ya aparece más estudiada por el derecho inglés en la medida en que los tribunales vienen respetando el privilegio de la personalidad jurídica de la *corporation*⁶³, aplicando el *disregard doctrine* sólo en los casos contemplados como excepcionales.

⁶¹Véase Robert THOMPSON (1991), "Piercing the Corporate Veil: an empirical study", *Cornell Law Review* v. 76, n. 1.063, July 1991; Véase también los comentarios sobre la obra de Robert Thompson en el artículo publicado por el autor brasileño Eduardo Secchi MUNHOZ (2004), "Desconsideração da personalidade jurídica e grupo de sociedades" *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 134, abril - junho 2004, págs. 25 - 47.

⁶²(TONELLO, 1998, p. 177).

⁶³La *corporation* constituye un tipo societario amplio, pero su forma privada se asemeja a la sociedad anónima.

“En un principio, se deduce a partir del examen de los estudios ingleses del derecho de sociedades (y particularmente de la *company law*), así como de las propias afirmaciones de los autores ingleses que el problema objeto del presente estudio suscitó en Inglaterra (a diferencia de los Estados Unidos) – poca atención y escasas discusiones teóricas, y en la propia jurisprudencia no hubo gran resonancia.”⁶⁴

La primera manifestación de la separación de responsabilidad entre los socios y la sociedad en el sistema jurídico inglés se refiere al famoso caso *A. Salomon v. Salomon & Company Ltda* (1897). Aaron Salomon poseía una fábrica de pieles y de manufactura de botas que tenía un importante éxito económico. Algún tiempo después decidió constituir una sociedad que adquiriera su negocio, formada por él y seis miembros de su propia familia, ostentando estos últimos una acción cada uno, denominándola *Aaron Salomon & Company Limited*. De modo que se firmó el contrato para la venta del negocio a la sociedad. El negocio no prosperó y cuando llegada la fase de liquidación, su pasivo (incluida la deuda de las obligaciones) excedía considerablemente de su activo. El liquidador – que defendía los intereses de los acreedores no privilegiados de la sociedad – alegó que la sociedad constituía por A. Salomon era una ficción destinada a limitar la responsabilidad por las deudas contraídas por él durante el ejercicio de su actividad empresarial, por lo que ahora tendría que satisfacer todas las deudas sociales; y su crédito por las obligaciones suscritas debía ser propuesto hasta que los demás acreedores de la sociedad fueran totalmente satisfechos⁶⁵.

La cuestión fue, entonces, sometida al Poder Judicial y el juez Vaughan Williams se mostró conforme al planteamiento del liquidador, señalando que los suscriptores del negocio fundacional distintos a Salomon eran meros testaferros, y que el propósito de Salomon al formar la sociedad fue usarla como agente que hiciera negocios por él. Tal decisión fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal de Apelación, aunque a través de otro razonamiento al sostener que: los actos de la compañía concedían el privilegio de la responsabilidad limitada solo a los auténticos 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 a encontrar seis testaferros para cumplir las formalidades de constitución de un ente social. Por último, la Cámara de los Lores revocó ambas decisiones, manteniendo al respecto la autonomía patrimonial, declarando que Salomon no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, pues las obligaciones fueron válidamente emitidas y que el derecho de garantía que pesaba sobre los activos de la sociedad era efectivo contra ésta y sobre los acreedores⁶⁶.

En ese contexto, se consolida en Inglaterra el principio de la personalidad y de la responsabilidad separada de la sociedad que ha sido aplicado rigurosamente en el derecho de sociedades inglés en la resolución del caso anteriormente expuesto. Hay que reconocer que, en algunas ocasiones, la aplicación del referido principio conllevó a situaciones injustas y penosas en tanto que Piero Verrucoli aduce que el caso *A. Salomon v. Salomon & Co Ltda* tuvo una repercusión negativa en el ordenamiento jurídico en la medida en que el principio de la autonomía de la persona jurídica ha sido severamente aplicado por los órganos de justicia, es decir, sin ninguna restricción⁶⁷.

⁶⁴(VERRUCOLI, 1964, p. 90).

⁶⁵(BOLDÓ RODA, 2006, págs. 102-103).

⁶⁶Para otros detalles sobre el caso *Salomon v Salomon and Company Limited*, véase Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La doctrina del levantamiento del velo en la persona jurídica en la jurisprudencia*, 5ª ed., Civitas, Madrid, p. 89.

⁶⁷(VERRUCOLI, 1964, p. 92).

Si bien es cierto que la tendencia actual del derecho inglés, es la de conferir mayor importancia a la realidad económica que constituyen los grupos de individuos, que actúan conjuntamente, y no solo a la forma legal revestida por estos grupos, admitiendo una flexibilización del principio de la personalidad jurídica separada respecto a la aplicación del *disregard of the legal entity*. Así, tanto la jurisprudencia como la legislación han tomado en consideración la realidad económica, el poder que existe en controlar un establecimiento autónomo o un grupo de establecimientos que se hallan asociados, levantando el velo societario para juzgar a la luz de la realidad subyacente.

“No obstante la trascendencia y repercusión del caso *Salomon* que se extendió a todos los países del Commonwealth, la jurisprudencia inglesa de la segunda mitad del siglo ha revisado la concepción formalista adoptada por la Cámara de los Lores en aquella resolución y se ha apartado en varias ocasiones del criterio restrictivo en la aplicación de la doctrina del *disregard*.”⁶⁸

En definitiva, hasta el presente no se han presentado directrices concretas sobre la desestimación de la personalidad jurídica, tanto en los tribunales norteamericanos como en las cortes inglesas. La ausencia de definición sobre la utilización de tal teoría es una evidencia de la falta de sistematización, algo habitual en el sistema *Common law*. A pesar de esa ausencia de criterios firmes acerca de la desconsideración de la personalidad jurídica y mucho menos sobre la amplitud de sus efectos, se ha sostenido que tan sólo con una fundamentación adecuada y en razón de determinados hechos concretos, se puede levantar el velo de una sociedad mercantil.

c) El derecho alemán: la sistematización del estudio sobre el levantamiento del velo

En el derecho continental europeo, la doctrina del levantamiento del velo ya venía siendo estudiada por algunos juristas franceses para explicar el concepto de persona jurídica y también crear un método propio destinado a impedir los abusos derivados del reconocimiento de su personalidad. Sin embargo, la introducción de su sistematización en los países occidentales ocurrió en el año de 1955 con la publicación, en Alemania, de la magistral obra de Rolf Serick que disertó sobre la Apariencia y realidad de las personas mercantiles: el abuso del derecho por medio de la persona jurídica (*Rechtsform und Realität Juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*).

El profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg partió de la idea de transponer la doctrina del *disregard* de la jurisprudencia norteamericana, regida por el modelo del *Common law*, a un sistema completamente diferente (*Civil law*) con la finalidad de investigar cómo se daría la penetración (*Durchgrif*) mediante la forma de la persona jurídica. De ese modo, él construyó la *Durchgrif Derjuristischen Personen* (equivalente al *disregard of the legal entity* en la cultura anglosajona) que se configura en la posibilidad de juzgar una sociedad ante un determinado caso concreto, tomando en consideración los individuos que la conforman o bienes que posee (sustrato humano y patrimonial) y afrontando como transparente su personalidad⁶⁹.

⁶⁸(HURTADO COBLES, 2008, p. 28).

⁶⁹R. Serick realiza un noble esfuerzo de sistematización de los actos abusivos y todo se basa en que los derechos y obligaciones de la persona jurídica no pueden ser considerados derechos y obligaciones de sus miembros, salvo en los casos de abuso de derecho, donde es lícita la identificación con su sustrato personal o real. Sobre la persona jurídica, véase Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ (2012), *Fundamentos de derecho civil*, Tirant to Blanch, Valencia.

R. Serick sostiene la teoría de Otto Gierke sobre la realidad de la persona jurídica (al contrario de lo que sucede en el derecho anglosajón que acepta una interpretación del instituto semejante a la de Savigny) para afirmar que la desestimación de su personalidad reside en una consecuencia directa de los diversos abusos, que dieron lugar a la figura de la persona jurídica dentro de una determinada realidad social. La metodología empleada por el jurista no pretende desconocer la personalidad jurídica, sino establecer los límites dentro de los cuales sería posible infiltrarse en la estructura formal de la persona jurídica, para afectar los individuos que actúan en nombre y representación de aquélla, en virtud de su falta de adecuación con aquella misma realidad social.

Para el teórico, las respuestas de la jurisprudencia y de la legislación acerca del fenómeno de la desestimación de la personalidad jurídica hasta aquel momento eran contradictorias e insuficientes⁷⁰. De ahí que decreta que el criterio fundamental para desestimar tal personalidad se centra en el uso abusivo de la misma, por cuanto reúne las principales manifestaciones en torno a los supuestos de abuso de la forma de la persona jurídica en tres grandes categorías generales, a saber: fraude de ley, fraude o violación de contrato y daño fraudulento causado a terceros.

“Se habla de un fraude a la ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a prohibir que se alcance por medio de una determinada forma negocial; se produce fraude o lesión al contrato cuando por medio de la persona jurídica puede quedar burlado o incumplido un contrato, como consecuencia de un desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio. Ocurre daño fraudulento a terceros cuando éste resulta del empleo de la forma de la persona jurídica en aquellos supuestos no comprendidos en las anteriores categorías de fraude a la ley y a los contratos.”⁷¹

Debe señalarse que las preocupaciones sobre el tema llevaron R. Serick a realizar algunas proposiciones que sirven como criterios valorativos a modo de reglas básicas que determinarán la oportunidad o no de penetrar en el sustrato de la persona jurídica y que pueden ser resumidas de la siguiente forma: cuando por medio del uso de la persona jurídica se intenta infringir una disposición legal, una obligación procedente de un contrato o si se ocasiona un perjuicio a un tercero. En todas esas situaciones ocurrirá una violación expresa al principio elemental de la buena fe en virtud de la provocación del abuso de derecho, por lo que Serick entiende que la doctrina de la desestimación o superación de la personalidad jurídica irrumpe como una consecuencia de un abuso de derecho en el ámbito de la relación trabada entre dos particulares.

Al final de su obra, el autor concluye que no se atuvo a los problemas teóricos en torno al concepto de persona jurídica y mucho menos adhiere a alguna de las doctrinas existentes que intentan explicar su esencia, a pesar de considerar aquel instituto como una creación del orden jurídico y no como un fenómeno preexistente. Tan sólo llega a la solución de que la personalidad de las personas jurídicas puede ser relativizada al concurrir determinadas circunstancias, lo que

⁷⁰Por cierto que los tribunales de justicia alemanes afirman que la persona jurídica puede ser prescindida ante situaciones excepcionales, pero no presenta una fundamentación razonable para sustentar tal posición. Por otra parte, la doctrina alemana igualmente sufre muchas críticas. Por lo general, ella trata el levantamiento del velo una forma muy superficial como para decir que tal asunto le corresponde a los tribunales; que la persona jurídica no debería tener ningún tipo de relación de independencia con respecto a los socios; o que es imposible crear criterios científicos sobre cuándo puede levantarse el velo de la persona jurídica.

⁷¹(SERICK, 1958, p. 14).

permitirá desprestigiar el principio de la autonomía patrimonial entre ella y los socios. En todo caso, la persona jurídica sería una entidad directamente regulada por el ordenamiento jurídico, es decir, una figura ideal constituida para la persecución de ciertos fines jurídicos.

d) La contribución de Italia: planteamientos teóricos sobre el levantamiento del velo

La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, al igual que ha sucedido en Alemania, recibió especial atención en Italia. A través de juristas como Tulio Ascarelli, el sistema jurídico italiano va a atravesar un considerable desarrollo en lo referente al concepto de persona jurídica e, igualmente, a los problemas relativos a la crisis que se apoderaron de aquel concepto. Se buscó, por lo tanto, superar la noción formal del instituto para llegar a su realidad existencial y axiológica con la justa finalidad de frenar los varios abusos practicados por sus integrantes.

Tulio Ascarelli desarrolla un significativo trabajo acerca de la conceptualización de los negocios jurídicos indirectos. Para él, los negocios jurídicos indirectos serían aquellos negocios en los que el objetivo práctico deseado no es lo normalmente realizado mediante el negocio jurídico adoptado, puesto que no tiene la forma típica propia del sistema jurídico. Expreso por otra parte, en la modalidad de negocio jurídico indirecto el propósito de las partes contratantes es el de alcanzar, consciente y consensualmente, fines diversos de los que en principio son típicos⁷².

Es sobre la base de la teoría del negocio indirecto que el italiano admite la validez de la sociedad unipersonal y de la sociedad controlada sin que éstas sean, necesariamente, consideradas instrumentos para defraudar la ley. De hecho pueden ocurrir casos de negocios jurídicos indirectos destinados a la consecución de fraudes donde se aplicará el levantamiento del velo. Por tanto, T. Ascarelli concibe el levantamiento en los supuestos en los que la sociedad, fundada por un negocio jurídico indirecto, haya sido usada para defraudar la voluntad de la ley⁷³.

En una línea diametralmente opuesta a la T. Ascarelli, Nicola Distaso sostiene que la teoría de la superación de la personalidad jurídica no puede ser considerada apenas dentro de la categoría de negocio jurídico indirecto, siendo el fraude a la ley el más importante presupuesto para su efectiva aplicación. El autor entiende que la superación de la forma de la persona jurídica debe ocurrir en función de la agresión integral a su sustrato, al verificarse un abuso de su esquema. Además de ello, habría abuso tanto en las situaciones de fraude a la ley como en los casos en los que la estructura de la persona jurídica actúa en perjuicio de intereses de terceras personas⁷⁴.

También es digna de destacar la obra *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law* de Piero Verrucoli. Impresionado con el incremento del número de sociedades que se creaban con el propósito de favorecer, detrás de los efectos de la personalidad jurídica y de la limitación de responsabilidad, la satisfacción de intereses maliciosos

⁷²(ASCARELLI, 1969, p. 94).

⁷³Por su parte, el maestro Federico de Castro y Bravo afirma que hay negocio jurídico indirecto cuando las partes recurren en el caso concreto a un negocio determinado, para alcanzar consciente y consensualmente por su medio, fines diversos de aquellos típicos de la estructura del negocio mismo. Véase FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (1971), *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (INEJ), Madrid, p. 447.

⁷⁴(DISTASO, 1971, págs. 162-164).

de un individuo o de un grupo de individuos, P. Verrucoli intentó buscar una solución eficaz para neutralizar los diversos abusos que podían hacerse mediante la persona colectiva.

El profesor de la Universidad de Pisa reconoce una paulatina tendencia hacia el uso desenfrenado de la estructura societaria (principalmente en las sociedades por acciones) para alcanzar fines contrarios a los típicamente deseados por el legislador ordinario. El empleo abusivo del instituto de la persona jurídica serviría como un medio para lograr mayor ventaja para los individuos que se encuentran detrás de la pantalla societaria sin exponerse personalmente, con la consecuente reducción de la sociedad a un expediente de conveniencia⁷⁵.

En esa perspectiva, la personalidad jurídica funcionaría exactamente como una estrategia para encubrir comportamientos injustos que no responden a una normalidad y linealidad de las relaciones y situaciones. El uso de esta personalidad, definida por el propio autor como un privilegio concedido por el Estado y destinado a los miembros de la persona jurídica (los socios), cuando dirigida al impulso de una situación injusta debería ser combatido a través de la efectiva aplicación de la llamada doctrina o teoría de la superación de la personalidad jurídica.

De esta suerte la teoría consistiría en un instrumento por medio del cual el poder estatal corrige la fuerza de los grupos como para restablecer el equilibrio comprometido, combatiendo los abusos de las prerrogativas concedidas y realizando los fines perseguidos que, están de algún modo, comprometidos por un exceso de formalismo en razón del privilegio de la personalidad jurídica. Entre los supuestos en los cuales la teoría debe ser aplicada se hallan: a) los casos de directa realización de intereses del Estado (cuestiones tributarias, políticas relativas a la nacionalidad de la sociedad); b) la represión a los fraudes y al fraude contractual (aquí se exige el elemento intencional, esto es, la intención de defraudar); c) la protección de intereses de terceros (este supuesto exige el elemento objetivo del daño); d) y la realización de los intereses de los socios⁷⁶.

Aún dentro de ese marco teórico, P. Verrucoli realiza un análisis comparativo sobre la aplicación de la teoría del levantamiento del velo en los sistemas *Common law* y *Civil law*. En el primer modelo, su caracterización proviene de un sistema más dúctil, donde no se nota tanta rigidez como para encontrar la norma escrita o consuetudinaria referente a la superación de la personalidad jurídica. Con todo, en la tradición del *Civil law* se observa una posición menos flexible en la medida en que se debe buscar en el sistema legal un principio existente, esto es, un derecho previamente constituido de forma clara para poder llegar a una determinada solución⁷⁷.

“(…) el sistema del *Common law* se ha caracterizado por la tradicional despreocupación y a veces hasta la desconfianza, en regular normativa y detalladamente, los distintos supuestos de hecho; a diferencia del extremo interés que en tal sentido proyecta el sistema de *Civil law* que rige en las distintas legislaciones de derecho continental donde el anhelo de alcanzar la mayor posible concreción legislativa es su principio básico inspirador.”⁷⁸

⁷⁵(VERRUCOLI, 1964, p. 1).

⁷⁶(*Ibidem.*, p. 3).

⁷⁷Para una interesante obra sobre los abusos de la persona jurídica desde una perspectiva del derecho comparado, véase la obra de Héctor MASNATTA (1967), *El abuso del derecho a través de la persona colectiva*, Orbir, Buenos Aires.

⁷⁸(HURTADO COBLES, 2008, p. 30).

Por lo anteriormente expuesto, las diferencias entre los dos sistemas permite rematar que el sistema del *Common Law* admite una mayor posibilidad de la actuación dinámica de las cortes de justicia en cuanto al empleo de la teoría de la superación de la personalidad jurídica en razón de la falta de un excesivo dogmatismo y también de un control más próximo de los fines de la persona jurídica; mientras que los países del *Civil Law* están más vinculados a la norma y, por tanto, se ven imposibilitados de percibir las limitaciones para la solución de los casos concretos.

En cuanto a las similitudes entre los dos modelos, éstas radican en la posibilidad de configurar la personalidad jurídica como un auténtico privilegio atribuido por el poder estatal a ciertos grupos. Este privilegio conferido por el Estado obliga a la existencia de un sujeto (sociedad) considerado por el ordenamiento estatal como un centro autónomo de intereses y de imputación de relaciones independiente de los socios, por lo que es muy importante afirmar la existencia jurídica de aquel sujeto para que se plantee el problema referente al abuso de su personalidad jurídica.

Para terminar, Piero Verrucoli entiende que la solución del problema no está prevista en las teorías ontológicas y mucho menos en el análisis de los elementos constitutivos de la persona jurídica, más bien en el cambio de formación histórica del instituto con particular atención a la propia sociedad y su evolución. De modo que debe ceñirse a los modos y razones que justifican la atribución de la personalidad jurídica a unas u otras organizaciones colectivas, pues cuando ese privilegio (la personalidad jurídica) se convirtiera en daño del Estado o de la comunidad en él organizada tendría que buscarse las razones justificativas para proceder a su superación⁷⁹.

2.2. Concepto

Entrando ya a analizar la significación y visión actual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, idealizada como un valioso mecanismo en la lucha contra los abusos de su personalidad, se ha de subrayar que han sido diversos los intentos de ofrecer una definición en términos jurídicos sobre tal institución, tanto por parte de los autores más autorizados como por la jurisprudencia producida en el ámbito de las cortes o tribunales de justicia de muchos países.

Dentro del grupo de teorías que procuraron, de todas formas, superar las dificultades teóricas surgidas de la crisis conceptual de la persona jurídica y evitar los abusos de su personalidad se destaca la doctrina del levantamiento del velo (o del velo corporativo) como técnica de carácter judicial cuyo principal propósito es el de subestimar los efectos de la personificación jurídica ante un caso concreto y penetrar en su estructura formal en defensa de la legalidad societaria.

En la posición de Ricardo de Ángel Yagüez, el levantamiento del velo es aquella actuación encaminada a prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, levantando su velo y así examinar los reales intereses que existen o laten en su interior⁸⁰. Para Álvarez de Toledo Quintana, ella sería una técnica estrictamente judicial, que ningún otro operador jurídico puede utilizar para desconocer el hermetismo de la

⁷⁹(VERRUCOLI, 1964, p. 7).

⁸⁰(DE ÁNGEL YAGUEZ, 1995, p. 27).

personalidad jurídica reconocida por la ley y como una institución de verdad material asociada a la defensa de los principios jurídicos fundamentales, entre ellos la prohibición de la clandestinidad en el ejercicio del comercio y la transparencia patrimonial⁸¹. A efectos de mejor comprender su definición, es interesante observar la siguiente ilustración de G. Ruiz Torres:

“Imaginemos a la dama ‘sociedad’ resguardando su rostro detrás de un fino tul para que ningún extraño pueda descubrir su identidad ni saber cuáles son las intenciones de sus miradas o de sus gestos, sintiéndose irresponsable ante ellos por la forzada ‘ceguera’ de quienes la admiran. Paragón muy cercano es el que puede describir al llamado ‘velo societario’. Ese velo societario es el creado por ley a fin que los que integran la sociedad ‘cubran’ lícitamente su identidad y desarrollen detrás de ese vallado los planes por los cuales germinó dicha persona jurídica, restringiendo la responsabilidad de ésta a sus contribuciones al capital social. De modo que cuando se produce el abuso de las gracias de la personalidad jurídica, especialmente las recogidas en la responsabilidad limitada de los socios, es menester ‘tirar abajo’ esa mantilla que encubre la ilicitud de los actos de la sociedad para identificar a los reales causantes del daño, conocer sus verdaderas intenciones y extender su responsabilidad ilimitada personalmente a los socios o a aquellas otras sociedades controlantes de la infractora (sociedad gerente y mayor que maneja a la transgresora).”⁸²

En todo caso, se trata de una doctrina que proviene de la teorización creada en el ámbito de los tribunales norteamericanos denominada *disregard of the legal entity* (desentendimiento de la personalidad jurídica). Ésta se caracteriza como una técnica por la cual se prescinde de la forma externa en la que está envuelta la persona jurídica para desconocer la diferencia entre ella y sus miembros, y averiguar los intereses que existen detrás de la sociedad. La idea básica es la de remediar la discordancia entre forma y realidad para detener y controlar a quienes se sirven de la sociedad para fines ilícitos o abusan del esquema jurídico societario en el tráfico económico.

Resulta oportuno mencionar que la *Disregard Theory* consistió en un amplio movimiento estadounidense a nivel judicial de reacción a la creciente ola de fraudes contra la economía del país, cometida por integrantes de personas jurídicas que se ocultaban bajo el manto protector de aquel instituto para esquivarse de los efectos jurídicos de sus actos. Ante este escenario, los magistrados norteamericanos empezaron a invocar aquel instrumento doctrinal, en casos extremadamente excepcionales, para que los acreedores pudieran buscar la satisfacción de sus créditos junto a las personas físicas que componen la sociedad, esto es, los socios de la misma.

En la concepción de Juan M. Dobson, esta doctrina representa un conjunto de remedios por medio de los cuales se busca prescindir la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido por un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios 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 niega al socio la responsabilidad limitada. Al referirse a la aplicación que los tribunales norteamericanos vienen haciendo del *Disregard doctrine* en la actualidad, J. M. Dobson pone de manifiesto que:

⁸¹(ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, 1997, p. 171).

⁸²(RUIZ TORRES, 2006, p. 480).

“La doctrina actual estima que confluyen en la concepción actual del derecho norteamericano para lograr el resultado de considerar a la corporation como simple creación del Estado, ente artificial (el que hemos caracterizado como ‘ente u objeto ideal’). (...) La teoría del fiat o de la ‘entidad ficticia’ y de la ‘persona ficta’, ‘teoría de la creación’, o ‘autorización’, campea enseñoreada en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas (...). Los tribunales y la doctrina estadounidenses se hallan profundamente influidos por la noción de la persona jurídica como ente ideal, de ese ‘ser invisible’, sin cuerpo sin alma (...). Si bien esta noción se originó en un momento de formación de la organización de los Estados Unidos, en una época de la historia en la cual las estructuras formales de la mente tenían profunda influencia en la creencia general, al igual que otros conceptos históricos se ha mantenido en el derecho proyectando su influencia decididamente en el presente.”⁸³

Sin embargo, hay que tener presente que en razón del sistema jurídico en el cual se acuda a esa doctrina (técnica o teoría) los alcances de su aplicación serán distintos, pues los supuestos que autorizarán su utilización también serán determinados de manera diferenciada. En cuanto a su denominación, se observa diferentes designaciones en razón de cada país individualmente considerado: a) *Disregard of the legal entity, Disregard of corporate entity, Lifting the corporate veil, Piercing the corporate veil*, en Inglaterra y Estados Unidos; b) *Durchgriff der juristischen Person*, en Alemania; c) *Superamento della personalità giuridica*, en Italia; d) *Mise à l'écart de la personnalité morale*, en Francia; e) Levantamiento del velo de la persona jurídica en España y en gran parte de Hispanoamérica; f) Teoría de la penetración o desestimación de la personalidad jurídica, en Argentina; g) y *Teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou da pessoa jurídica*, en Brasil.

Como se ha visto, el levantamiento del velo surge en el sistema angloamericano como recurso dirigido a la desestimación del principio de la autonomía de la persona jurídica en relación a una u otra persona (física o jurídica) integrante de la sociedad; por lo que se aprecia la situación fáctica como si ésta no existiera para tratarla a ella y a los socios como una única persona y, con ello, evitar que detrás del formalismo jurídico se desarrollen actividades perjudiciales a los accionistas de la propia sociedad o a terceras personas vinculadas por una relación contractual.

Con independencia de la conceptualización y delimitación que se le quiera conceder a la doctrina, teoría o técnica del levantamiento del velo y aunque se suela emplear el término doctrina, lo que parece es realmente, que se está ante una técnica o expediente judicial. En el terreno de la jurisprudencia comparada todavía no se ha llegado a una definición uniforme con unos contornos precisos sobre la misma, tan sólo a remisiones de otros conceptos tradicionales para fundamentarla. En razón de algunos inconvenientes que se han ido planteando respecto al tema de la seguridad jurídica, autores como el civilista portugués Pontes de Miranda la han descalificado sin al menos considerar su esencia e importancia en el derecho contemporáneo.

“El desprecio de las formas de derecho de las personas jurídicas, o *disregard of the legal entity*, proviene de influencias conscientes o inconscientes, del capitalismo ciego, al negar, por veces, la persona jurídica privada, prepara el camino para negar la persona del Estado. Se destruye o se intenta destruir todo el concepto de voluntad social, todo el elemento democrático de las sociedades privadas y públicas; se niega el propio sentido de la libertad de determinación de los socios.”⁸⁴

⁸³(DOBSON, 1991, págs. 58-59).

⁸⁴(MIRANDA, 1972, p. 304).

2.3. Fundamentación y aplicabilidad

Llegado a este punto conviene insistir que la doctrina del levantamiento del velo consiste en un instrumento vigoroso del cual debe valerse el Poder Judicial para sancionar de manera justa y merecida todos aquellos individuos que emplean la persona jurídica para defraudar y engañar a los acreedores en el afán de evadirse al cumplimiento de una obligación existente y contrariar la aplicación regular de la ley. Por cierto que quienes hacen uso de ese instituto jurídico para cometer propósitos ilícitos no merecen beneficiarse del principio de la autonomía patrimonial.

Cabe recordar que la persona jurídica es un recurso creado por el ordenamiento jurídico para que un individuo o un grupo alcancen fines determinados, sea un emprendimiento industrial, comercial o prestación de servicios. Siendo así, la garantía de la limitación de la responsabilidad es del todo fundamental cuando se está ante una pluralidad de socios con distintas aportaciones de capital, pues sería absurdo constreñir a cada uno de ellos a tener que responder ilimitadamente por las obligaciones sociales. Lo expuesto con anterioridad obliga necesariamente a enunciar algunas de las finalidades sociológicas perseguidas por las personas jurídicas⁸⁵:

“a) En el mundo de los negocios, aunar medios para las empresas importantes, o distribuir riesgos en determinadas empresas lucrativas, pero arriesgadas, limitando la garantía patrimonial de la responsabilidad universal (sancionada por el acto 1911 del Código Civil); b) otras veces se intenta defender en común los intereses profesionales; c) en el mundo puramente social se persiguen metas recreativas o deportivas, finalidades de beneficencia o de cultura, etc.”⁸⁶

Frente a una actuación abusiva y fraudulenta de aquel instituto del derecho, los órganos judiciales deben hacer uso del levantamiento del velo corporativo, para penetrar en su interior a modo de poner freno a las pretensiones de los miembros que se cobijan tras su máscara. Para ello, se le confiere a la personalidad jurídica un efecto relativo que posibilite adentrar en su realidad formal y desestimar, ante un determinado caso concreto y dentro de los límites marcados por la ley, una sociedad comercial en relación a las personas y bienes que se esconden detrás del escudo societario. La realidad es que se está ante una técnica de ejecución de deudas que se traduce en la ineficacia episódica de la persona jurídica (su contrato o estatuto social) frente a los acreedores cuyos derechos no han sido satisfechos merced de la realización de conductas ilícitas bajo la estructura societaria con la consecuente ocultación de su real esencia (personal y patrimonial).

Con todo, no se puede ignorar que tal doctrina ofrece un eminente riesgo a uno de los principios básicos del derecho que es el de la seguridad jurídica, por lo que la decisión que desestima la personalidad jurídica debe revestirse de especial cautela y de un profundo conocimiento sobre el derecho de sociedades. A ello se suma que el acto acreditado como irregular podrá ampararse bajo distintas figuras (simulación, fraude de ley, fraude contractual, abuso de derecho, *etcétera*), por cuanto su fundamentación podrá ser bastante compleja. Es por todo ello que actualmente:

⁸⁵Véase Guillermo A. BORDA (1996), *Tratado de Derecho Civil: Parte general*, 11ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires; y Guillermo A. BORDA (2000), *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

⁸⁶(GARCÍA AMIGO, 1979, p 462).

“No faltan opiniones entre nuestra doctrina en el sentido de que la doctrina del levantamiento del velo es una técnica innecesaria, creada y desarrollada en el sistema anglosajón donde la jurisprudencia es fuente de creación del derecho, pero del todo incoherente en un ordenamiento jurídico continental donde la dogmática jurídica ya da al juzgador las figuras y los conceptos necesarios, como son el fraude de ley, el abuso de derecho, la equidad o la buena fe, para llegar al mismo resultado sin necesidad de crear una técnica o expediente anómalo.”⁸⁷

De este modo, cabe al juez o tribunal verificar si en el caso concreto concurren todas las circunstancias que evidencien el uso abusivo y corrupto del ente jurídico a fin de eludir sus obligaciones para que, así, se descubra el velo de la sociedad con el fin de que los sujetos que la componen respondan por los efectos negativos de sus comportamientos. Lo que realmente se busca es obtener un resultado justo por medio del empleo de un criterio de equidad, lo que hace que Álvarez de Toledo Quintana enuncie las siguientes fases a llevar a cabo por el juzgador:

“1) Constatación de un acto jurídico por los medios de prueba ordinarios previstos en el ordenamiento procesal; 2) constatación de la existencia de un abuso de personificación, integrado o en conexo con aquel acto jurídico; 3) constatación de la divergencia entre la realidad interna oculta por el velo y la apariencia o envoltura exterior; 4) supresión de los atributos de la personalidad conexos con el abuso de personificación apreciado, o exteriorización o puesto de manifiesto de los que se hubiesen ocultado; 5) hallazgo y proyección de la norma o disciplina jurídica aplicable a la realidad interna, una vez desvelada.”⁸⁸

Por su parte, un grupo amplio de autores han optado por encuadrar la justificación de la aplicación del levantamiento del velo dentro de un marco más general denominado jurisprudencia de intereses, por la cual tanto la ciencia jurídica como el juzgador deberán investigar el valor de los intereses previstos en las normas fijadas por el legislador ordinario. Dicho de un modo más sencillo, a través de la corriente jurisprudencial de los intereses se espera que la actividad del aplicador del derecho se limite tan sólo a adecuar una determinada decisión a las necesidades prácticas de la vida mediante los diversos intereses o necesidades en pauta.

“La jurisprudencia de intereses parte de dos ideas fundamentales: A) el juez está obligado desde luego a obedecer el Derecho positivo. La función del juez consiste en proceder al ajuste de intereses, en resolver conflictos de intereses del mismo modo que el legislador. La disputa entre las partes presenta un conflicto de intereses. Ahora bien, la valoración de los intereses llevada a cabo por el legislador debe prevalecer sobre la valoración individual que el juez pudiera hacer según su persona o criterio; B) Las leyes son incompletas, a veces, inadecuadas, incluso contradictorias, cuando se les confronta con la riquísima verdad de los problemas que los hechos sociales van suscitando sin parar en el correr de los días. El legislador en nuestro tiempo debiera esperar del juez, no que éste obedeciese literalmente, de un modo ciego, las palabras de la ley, sino que, por el contrario, desarrollara ulteriormente los criterios axiológicos en los que la ley se inspira, conjugándolos con los intereses en cuestión.”⁸⁹

La jurisprudencia de intereses, que ha tenido gran influencia de las doctrinas alemana e italiana, coloca el interés del legislador expresado en la norma como una prioridad del método de

⁸⁷(HURTADO COBLES, 2000, p. 63).

⁸⁸(ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, 1997, p. 141).

⁸⁹(RECANSENS SICHES, 1963, p. 275).

investigación jurídico a desplegar por el juez por encima del propio concepto, en oposición a la jurisprudencia de conceptos cuya tesis es la de que el derecho es lo revelado por las leyes. Esta última corriente jurisprudencial, que tiene como uno de los sus principales teóricos Rudolf von Jhering, dominó en el siglo pasado el campo de la investigación jurídica por medio de la difusión del llamado método lógico-sistemático que percibe el derecho como una realidad cerrada⁹⁰.

“De acuerdo con la Jurisprudencia de los conceptos, denominación dada más tarde a este método de creación y interpretación del derecho, el papel de la ciencia jurídica es el de verificar como sus preposiciones se encuentran recíprocamente condicionadas, por medio de un proceso de derivación que remonta a la genealogía de cada una.”⁹¹

En la concepción de Felipe Díaz Capmany, el levantamiento del velo no debe ser examinado por la jurisprudencia de intereses y mucho menos por la jurisprudencia de conceptos, sino bajo una óptica distinta que es la del patrimonio, así comprendida como una universalidad de intereses que se constituyen en centros de imputación de responsabilidades. Se debe, por ende, cuestionar los conjuntos de intereses sometidos a análisis en el conflicto patrimonial planteado ante un tribunal de justicia, puesto que ello servirá de referencia para que el juez tenga condiciones de restablecer el equilibrio patrimonial afectado en virtud de la realización de actos antijurídicos⁹².

La verdad es que la mayoría de los autores que estudiaron con más detenimiento el instituto del levantamiento del velo de la persona jurídica sostienen que existe una gran cantidad de supuestos sobre los cuales ésta puede ser empleada, así como diferentes fundamentaciones que se puede manejar para justificar su aplicación. Tal circunstancia suscita una serie de discusiones respecto a su eficacia para perfilar una solución a un caso concreto, por cuanto debe ser considerada una medida excepcional y de uso restrictivo, evitando que se transforme en un remedio general para dirimir toda situación de potencial peligro al derecho de sociedades.

Todavía cabe destacar el carácter subsidiario de la medida con la cual el propio juzgador deberá hacer de la misma solamente en aquellos supuestos en los que no se vislumbre otro recurso legal, tanto de orden sustantivo como procesal, aplicable para resolver correctamente el caso enjuiciado. En términos más concretos, el carácter subsidiario del levantamiento del velo reposa, en que su utilización esté condicionada a la ineficacia de las normas existentes para solucionar de modo satisfactorio una demanda específica que ha sido sometida a la esfera judicial.

Otra polémica que rodea la aplicación del levantamiento del velo es la que se relaciona con necesidad de exigencia de ánimo intencional (o mala fe) de los individuos que actúan con un resultado de fraude o abuso de derecho, o si, por el contrario, es posible desconsiderar ese requisito. Hasta el presente aún no se ha llegado a un consenso sobre la necesidad de existencia de mala fe o intención de defraudar para que se hable del empleo de aquella doctrina, así que esa una de las muchas cuestiones pendientes de resolución por la doctrina y por los tribunales.

⁹⁰Véase Miguel REALE (2002), *Filosofía do Direito*. 19ª ed., Saraiva, São Paulo.

⁹¹(CAMARGO, 2002, p. 87).

⁹²(DÍAZ CAPMANY, 1996, p. 151).

A modo de conclusión, compete al juez o tribunal de justicia indagar, examinar, investigar con precisión sobre la forma y el modo de la actuación de las sociedades mercantiles con el fin de constatar si tal actuación cumple una finalidad social, o si debajo de la toga de su personalidad jurídica, los socios realizan actividades de índole ilícita. El levantamiento del velo corporativo no pretende anular tal personalidad, sino desestimarla en concordancia con los valores ético-jurídicos informadores del orden jurídico. Por lo demás, no debe ser usado como una especie de providencia universal para solventar todos los problemas en el ámbito del derecho civil y mercantil, pues así se podría incurrir en un peligroso *decisionismo judicial* con el consecuente deterioro de un principio esencial de la vida jurídica: el principio de la seguridad jurídica.

2.4. Naturaleza jurídica

Es cierto que el levantamiento del velo se traduce en la desestimación del régimen jurídico societario ante la comprobación de abuso o fraude en la utilización de la figura de la empresa, a la cual el derecho ha puesto al servicio de los hombres. Lo explicado con anterioridad lleva a reconocer la similitud entre los conceptos de desestimación y vicio de los negocios jurídicos, una vez que tanto en el primero como en lo segundo, el derecho excluye la producción de los efectos visualizados por las partes y la incidencia del régimen jurídico habitualmente aplicado.

Aparte de la similitud anteriormente indicada, hay que tener presente que ambos conceptos son realmente distintos. Ello porque, mientras que el vicio se caracteriza como un defecto de naturaleza estructural de existencia del negocio jurídico que deriva de una conducta humana inconciliable con los principios y valores previstos en un sistema normativo preexistente; la desestimación es motivada por la desvirtuación de los fines que engendraron un régimen jurídico otorgado por un dado ordenamiento jurídico, y los fines realmente constatados u observados.

Por lo que sigue, la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica no discute la validez del acto (pues éste debe ser plenamente válido para que se pueda hablar de la aplicación de la teoría), pero sí, la ineficacia del mismo. De modo que la decisión del juez que ordena que se proceda al levantamiento del velo de la sociedad mercantil debe declarar la ineficacia momentánea de su personalidad jurídica en base a un examen riguroso de los hechos concretos, tomando en consideración que los demás actos ejecutados por el mismo ente social deben ser preservados⁹³.

Emilio Betti clasifica la invalidez como la falta de idoneidad para producir, de forma duradera e insustituible, los efectos esenciales del tipo. Ya la ineficacia sería calificada como la característica de un acto en el que estén en orden los elementos esenciales y los presupuestos de validez cuando, sin embargo, una circunstancia extrínseca impida su eficacia. En la desestimación de la personalidad jurídica, la ineficacia es relativa como para alcanzar el negocio jurídico, es decir, que sea ineficaz para algunas personas, prosiguiendo intangible respecto a las otras personas⁹⁴.

⁹³Una norma es considerada válida cuando pertenezca a un sistema normativo de referencia y cuando se muestre en concordancia con un conjunto de normas jurídicas anteriores. Ya la eficacia de normativa puede ser definida, en carácter general, como la calidad de una norma para producir efectos para los cuales ha sido preordenada.

⁹⁴(BETTI, 1970, p. 11).

Tras haber caracterizado la desestimación como una forma de ineficacia, se hace del todo importante ahora realizar una diferenciación con respecto al fraude a la ejecución. En la desestimación, la ineficacia recae sobre la personalidad jurídica y no sobre el negocio jurídico, tal como ocurre en el fraude a la ejecución, esto es, mientras que en el segundo la ineficacia corresponde a la restricción del acto; en el primero la ineficacia se limita a la persona jurídica.

“El fraude a la ejecución acarrea el mantenimiento de una determinada situación jurídica, tal como si determinados actos no hubieran sido practicados. No se altera la esquematización de los poderes, derechos y deberes ante terceros frente a los cuales el acto es inoponible. Ellos ejercitarán las facultades jurídicas que le fueron aseguradas en los exactos moldes en el que lo harían si el acto no hubiera ocurrido. (...) Lo mismo no le pasa a la desestimación que produce una alteración en el mundo jurídico (...). Lo que se altera es el régimen jurídico relacionado con los sujetos involucrados en la práctica del acto. (...) apenas la desestimación produce una mutación en cuanto a los sujetos sometidos a los efectos de dichos actos.”⁹⁵

Otro aspecto que merece especial atención se refiere a la forma con la que algunos autores vienen sosteniendo la autonomía del instituto de la desestimación de la personalidad jurídica. Sobre este particular, el doctrinador portugués Pedro Cordeiro hace mención al pensamiento desarrollado por el teórico alemán Eckard Rehbinder (en su obra denominada *Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht*. In: *Festschrift für Roberts Fischer*, Berlin, New York, 1979) para concluir por la necesidad de consagrar aquel instituto como un precepto de naturaleza autónoma:

“La desestimación es la aplicación de una norma que fija el ámbito de ordenamiento y de responsabilidad de la persona jurídica. Se trata, metodológicamente, de una restricción de la norma de separación, sustituyéndola por otro precepto: la norma que abarca abstracta y generalmente todos los actos de la persona jurídica es corregida de forma que se le aplica a aquellos hechos que no correspondan a su objetivo; la laguna creada es cerrada por la aplicación de la norma.”⁹⁶

Todo lo dicho hasta el presente permite interpretar la desestimación como un verdadero defecto de funcionalidad que no se relaciona con la estructura del negocio jurídico específico, porque si así fuera se estaría ante un supuesto de vicio del negocio jurídico. Sin pretender agotar el tema y de acuerdo con estos planteamientos se puede llegar a la conclusión de que el levantamiento del velo societario consiste en una doctrina de naturaleza o esencia autónoma, y no en una pura aplicación de las normas con la finalidad de invalidar los actos manifiestamente fraudulentos.

⁹⁵(JUSTEN FILHO, 1987, págs. 88-89).

⁹⁶(CORDEIRO, 2005, p. 61).

3. La doctrina del levantamiento del velo en Brasil

La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica se consolidó en el escenario jurídico brasileño como un mecanismo de extrema utilidad en la búsqueda de soluciones justas para las cuestiones relativas al abuso de la personalidad societaria en el tráfico jurídico y económico. No obstante la ausencia, durante cierto tiempo, de una base normativa tanto en la legislación civil como comercial, la referida doctrina se incorporó definitivamente en el ordenamiento jurídico del país mediante varios estudios doctrinales y la incesante actividad de los tribunales de justicia⁹⁷.

El primer texto legislativo que contempló la previsión del levantamiento del velo fue la ley 8.078/1990, de 11 de septiembre, Código de Consumo (DOU del 12.09.1990) que reguló la materia en su art. 28⁹⁸. Posteriormente, otras disposiciones legales incorporaran el mismo precepto: la ley 8.884/1994, de 11 de junio, acerca de la prevención y represión a las infracciones contra el orden económico, art. 18 (DOU del 13.06.1994)⁹⁹; y la ley 9.605/1998, de 12 de febrero, que disciplina la responsabilidad por lesiones provocadas al medio ambiente, art. 4 (DOU del 13.02.1998)¹⁰⁰.

Paralelamente a esas primeras iniciativas legislativas, también se verificó una creciente aplicación del levantamiento de la personalidad jurídica en el ámbito del derecho del trabajo, donde el tema tuvo una extraordinaria repercusión en la práctica jurisprudencial. A pesar de no haber consagrado un dispositivo específico sobre esa materia, el Decreto Ley 5.452/1943, de 1 de mayo, Consolidación de las Leyes Laborales, art 2 § 2° (DOU del 09.08.1943)¹⁰¹, buscó extraer un soporte normativo común para aplicar el levantamiento del velo en las demandas de naturaleza laboral.

No obstante tratarse de normas que dicen respecto a ciertas materias, éstas no sirven como cláusulas generales. Sin embargo, no es intención de este capítulo adentrar en el estudio de esas normativas, sino única y exclusivamente investigar y determinar el desarrollo de la teoría del levantamiento del velo en la ley 10.406/2002, de 10 de enero, Código Civil (DOU del 11.01.2002) y su repercusión en el Superior Tribunal de Justicia, cuya norma es considerada un marco legislativo general que instituye directrices a ser seguidas por las subsecuentes leyes nacionales.

⁹⁷Los tribunales, desde hace mucho tiempo, han venido aplicando la teoría del levantamiento del velo al tratarse de situaciones en las que se vislumbraba la utilización de la forma societaria para perjudicar derechos de terceros. El fundamento jurídico resultaba esencialmente de la interpretación de los dispositivos del Decreto-Ley 4.657/1942, 4 de septiembre, Ley de Introducción a las normas del Derecho Brasileño (DOU de 09.09.1942).

⁹⁸Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração.

⁹⁹Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração.

¹⁰⁰Art. 4. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a qualidade do meio ambiente.

¹⁰¹Art. 2. §2°. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis à empresa principal e cada uma das subordinadas.

3.1. El art. 50 del nuevo Código Civil

En Brasil, la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica (*desconsideração da personalidade jurídica*) fue introducida en un momento posterior a diferencia de lo ocurrido en varios países del mundo occidental. Solamente durante la segunda mitad del siglo XX, específicamente a finales de los años 1960, es que se observan los primeros indicios de una reacción por parte de la doctrina frente a los problemas derivados de la acepción formalista de la figura de la persona jurídica que el ordenamiento jurídico tendría que necesariamente superar.

Dentro de ese contexto, la discusión sobre la crisis de la persona jurídica en razón del excesivo formalismo jurídico en el uso de aquel concepto ha sido una constante entre los autores de derecho civil y mercantil. La necesidad de revisar las bases teóricas de ese importante instituto del derecho unido a la gran influencia de la doctrina extranjera (principalmente del derecho alemán), contribuyeron decisivamente a rescatar el sentido de aquella figura e insertar la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica dentro de un régimen conceptual renovado.

El inicio de los estudios sobre la citada teoría se debe a Rubens Requião que trató sobre el tema en una conferencia impartida en la Universidad Federal de Paraná, en 1969, intitulada de *Abuso do direito e fraude a través da personalidade jurídica*, que posteriormente fue publicada en forma de un artículo científico en la Revista de los Tribunales de aquel mismo año. R. Requião se contrapuso impetuosamente a la idea de un derecho absoluto y reiteró su preocupación respecto a la búsqueda de una solución para contener los casos de abusos de la personalidad de la sociedad.

De manera que el jurista puso en relieve que el uso que se venía haciendo del concepto de persona jurídica contribuía a la creación de un problema de consciencia. Su uso desviado como aparato de fraude, sobre todo para burlar prohibiciones estatutarias y legales, y como escenario donde se perpetraban múltiples abusos de derecho, era una realidad que ya no podía ser ignorada. Ante ello, consideró que el *Disregard doctrine* podría adecuarse a cualquier sistema jurídico (incluso al sistema brasileño) exigiéndose en tal caso la determinación de los principios dogmáticos con los cuales los tribunales pretenderían superar la forma externa de la sociedad para, penetrando a través de ella, alcanzar las personas y bienes escondidos debajo de su velo.

Se diría, pues, que R. Requião fue quien con mayor rigor científico reflejó y diseñó las líneas teóricas para fundamentar la aplicación del levantamiento del velo y, con ello, solucionar los resultados injustos a que conduce la radical separación entre la personalidad societaria y la de sus miembros integrantes. La idea era, perseguir la declaración de la ineficacia especial de la personalidad jurídica en relación a determinados efectos, prosiguiendo aún incólume en lo relativo a sus fines legítimos; por cuanto el levantamiento del velo se caracteriza como medida excepcional, dependiendo de prueba circunstanciada sobre los supuestos de hecho que la justifiquen, y que no se confunde en nada con la disolución del instituto de la persona jurídica¹⁰².

¹⁰²A efectos de mejor comprender el pensamiento del autor brasileño, véase Rubens REQUIÃO (1969), "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard doctrine)", *Revista dos Tribunais*, v. 410, dezembro 1969, págs. 12-24.

Lo cierto es que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en el derecho privado brasileño, antes de que cualquier norma jurídica la positivizara, fue el mérito de la memorable conferencia pronunciada por R. Requião en aquel año de 1969. La creencia en torno a la utilización de esa teoría para hacer frente a los varios abusos a que se ha prestado la forma de la persona jurídica, debería ser una exigencia de todo y cualquier ordenamiento jurídico que instituye una exacta separación entre la sociedad y sus socios, principalmente cuando tal separación se refiere a una cuestión de orden patrimonial. De esa manera, R. Requião cita que:

“Si la personalidad jurídica constituye una creación de la ley, como concesión del Estado a la realización de un fin, nada más cierto que reconocer en el Estado, a través de su justicia, la facultad de verificar si el derecho concedido está siendo adecuadamente usado. La personalidad jurídica pasa a ser considerada doctrinalmente un derecho relativo, permitiendo al juez penetrar en el velo de la personalidad para impedir los abusos o condenar el fraude mediante su uso.”¹⁰³

En suma, el jurista se remite al examen minucioso de Rolf Serick para asociar los casos de desestimación de la personalidad jurídica a la teoría del fraude y del abuso del derecho. De allí pues que el orden jurídico no sobrevive fuera de su constante interpretación y reconstrucción, el cual está rodeado de principios y directivas. Si un acto, aunque fundado en un derecho garantizado por la ley se escapa de su finalidad, éste será considerado atentatorio a la noción general del derecho. No todo lo que está en conformidad a la ley es legítimo y la sociedad garantiza prerrogativas a ciertas personas para que puedan cumplir un conjunto de finalidades.

Aún siguiendo ese raciocinio, cuando la persona jurídica se reduce a una mera figura estructural (a un puro recurso técnico) y su utilización instrumental es destinada a la obtención, mediante su forma, de objetivos y intereses privados de los individuos que la integran (distintos a los que son propios de la realidad para cuyo servicio nació), la desestimación de su personalidad sirve para imposibilitar tales fines, pues los socios que abusan indiscriminadamente de la estructura societaria son quienes generan tal desestimación por no atender a los requisitos de su uso.

“La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica, para impedir el fraude y el abuso de derecho está, como hemos visto, consagrada por la jurisprudencia de diversos países cuya cultura siempre influyó nuestros juristas. Es aceptable que la doctrina del *disregard doctrine* tenga reflejos en nuestro derecho, o que con él sea compatible e igualmente aplicable.”¹⁰⁴

Por consiguiente, R. Requião encaminó a principios de los años 1970 el texto integral de su discurso pronunciado en la conferencia impartida en la Universidad Federal de Paraná a Miguel Reale (Presidente de la Comisión de Elaboración del Proyecto del nuevo Código Civil), sugiriéndole como propuesta para resolver los diversos problemas de la formalidad de la persona jurídica la positivización de la teoría del levantamiento de velo en la legislación civil brasileña. M. Reale, a su vez, consideró tales recomendaciones como esenciales para prevenir e impedir los abusos perpetrados a la sombra de la personalidad jurídica e, por tal motivo, introdujo el artículo 49 en el anteproyecto del nuevo código cuyo texto estaba redactado en los siguientes términos:

¹⁰³(REQUIÃO, 1969, p. 15).

¹⁰⁴(*Ibidem.*, p. 20).

“Art. 49. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado, ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução. Parágrafo Único - Neste caso, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, responderão, conjuntamente, com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou do representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.”¹⁰⁵

Habiendo sido fijada la propuesta de normativización de la teoría por medio del art. 49, su enunciado fue duramente criticado por distintos sectores de la doctrina brasileña. Las razones se centran en el hecho de que no se contempló el levantamiento del velo, una vez que el texto hace referencia a la disolución de la sociedad y no la desestimación de su personalidad para perseguir el patrimonio de los socios, lo que contraría: de un lado, la esencia histórica de la teoría; y de otro, el principio constitucional que consagra la preservación de la empresa. Todos estos motivos contribuyeron, decisivamente, a la posterior revisión de aquella redacción presentada.

Como se nota, la primera iniciativa codificadora de la teoría del levantamiento del velo se desvió claramente de las intenciones pretendidas por la teoría en su más pura naturaleza, la cual preconiza la ineficacia momentánea del acto constitutivo de la persona jurídica, de lo que deriva el principio de la autonomía patrimonial para alcanzar los bienes de los socios. Ante estas circunstancias, M. Reale consideró las observaciones críticas y modificó el texto del dispositivo para decretar la exclusión del socio responsable que responderá frente a la persona jurídica y a terceros; así como la posibilidad de disolución del ente societario en razón de determinadas circunstancias. Entonces, el anteproyecto de 1972 reguló el asunto con la respectiva redacción:

“Art. 48. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade. Parágrafo Único - Neste caso, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, responderão, conjuntamente, com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador o representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.”¹⁰⁶

¹⁰⁵(REALE, 1972, p. 8). “La persona jurídica no puede ser desviada de los fines que determinaron su constitución, para servir de instrumento o cobertura a la práctica de actos ilícitos, o abusivos, supuesto en el que cabrá al juez, mediante petición del interesado, o del Ministerio Público, decretarle la disolución. Párrafo único - En este caso, sin perjuicio de las demás penalidades posibles, responderán, conjuntamente, con lo de la persona jurídica, los bienes personales del administrador o del representante que haya utilizado la misma de manera fraudulenta o abusiva, salvo si norma especial determine la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la administración”. (*traducción del autor*).

¹⁰⁶(*Ibidem*, p. 8). “La persona jurídica no puede ser desviada de los fines establecidos en el acto constitutivo, para servir de instrumento o cobertura a la práctica de actos ilícitos, o abusivos, supuesto en el que podrá el juez, mediante petición de cualesquiera de los socios o del Ministerio Público, decretar la exclusión del socio responsable, o, tales sean las circunstancias, la disolución de la entidad. Párrafo Único - En este caso, sin perjuicio de las demás posibles, responderán, conjuntamente, con lo de la persona jurídica, los bienes personales del administrador o representante que haya utilizado la misma de manera fraudulenta o abusiva, salvo si norma especial determine la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la administración.” (*traducción del autor*).

Por cierto que el nuevo texto trajo consigo algunas innovaciones en relación al anterior. Con la nueva redacción, se atribuyó la legitimidad para requerir la desestimación de la personalidad jurídica a los socios, y además previó la disolución del ente societario como sanción alternativa de carácter excepcional. Con todo, el texto aún sufrió severas críticas en cuanto a la ausencia de legitimación del tercero perjudicado para requerir el levantamiento del velo; la cuestión de la limitación de la responsabilidad de los socios cuando todos deberían responder por los perjuicios causados; la disolución de la sociedad y la facultad de exclusión del socio como penalidades, lo que se muestra incompatible con los fines del clásico instituto del *disregard of the legal entity*.

“Nuevamente la teoría del levantamiento del velo no ha sido debidamente traducida en el texto proyectado, el cual introdujo la sanción del socio responsable – diversa de la sanción derivada del desconocimiento de la autonomía de la persona jurídica que es la ineficacia episódica de su acto constitutivo – tornando como alternativa la sanción de la disolución de la sociedad.”¹⁰⁷

De todos modos, el texto del art. 48 fue ulteriormente enviado a la Cámara de los Diputados en Brasilia. Por su parte, Requião se manifestó en el sentido de que él ofrecía una solución diferente, por no decir injusta, al determinar la disolución de la sociedad en vez del desconocimiento de su autonomía patrimonial ante un hecho concreto, lo que implicaba en el castigo de todos los socios que integran la persona jurídica y también la falta de garantía a los acreedores a la satisfacción del crédito. No obstante, la presencia de algunas pocas mejoras, la Comisión de Elaboración del Código Civil aún no contempló la doctrina en toda su esencia. Dadas estas consideraciones, R. Requião parte de otra formulación del art. 48 objetivando perfeccionar la redacción originaria e insertar en definitivo la teoría del levantamiento del velo en el derecho privado brasileño.

“Art. 48. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinam a sua constituição, para servir como instrumento ou cobertura a prática de atos ilícitos ou abusivos de sócios. Neste caso o juiz, desconsiderando a existência da personalidade jurídica, a pedido do credor do sócio, poderá permitir a efetivação de sua responsabilidade sobre os bens incorporados na sociedade para a sua participação no capital social.”¹⁰⁸

A pesar del intento en corregir las contradicciones del dispositivo, la proposición del jurista no fue admitida ante la Comisión de Elaboración del nuevo Código Civil bajo la explicación de que ella restringía el levantamiento a los casos en que serviría para atender las pretensiones de los acreedores particulares de los socios¹⁰⁹. Pese todas las críticas, el proyecto del CC (Proyecto de Ley 118) fue enviado y aprobado por la Cámara de los Diputados en 1984 con perceptibles fallas legislativas, habiendo permanecido con la redacción anterior a la planteada por Rubens Requião.

¹⁰⁷(COELHO, 1989, p. 51).

¹⁰⁸(REQUIÃO, 1988, p. 220). “La persona jurídica no puede ser desviada de los fines que determinan su constitución, para servir como instrumento o cobertura a la práctica de actos ilícitos o abusivos de los socios. En este caso el juez, desconsiderando la existencia de la personalidad jurídica, mediante petición del acreedor del socio, podrá permitir su responsabilidad sobre los bienes incorporados en la sociedad respecto a su participación en el capital social.” (*traducción del autor*).

¹⁰⁹En la visión de J.L. Lamartine Corrêa, la propuesta de Rubens Requião no incorpora el levantamiento del velo en su modalidad usual (desestimar para alcanzar los bienes de los socios en virtud de una obligación formalmente establecida por el ente social), pues hace referencia tan solo a su forma invertida (desestimar para alcanzar los bienes de la sociedad en razón de una obligación formalmente establecido por el socio).

Tras la presentación del referido proyecto al Senado Federal, un grupo de senadores con destaque para Josaphat Marinho logró mejorar sustancialmente las propuestas anteriores a partir de la introducción de algunas modificaciones en el texto enviado. La justificación era que la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica, tal como había sido diseñada, trataba sobre cuestiones demasiado confusas e inadecuadas relacionadas, incluso, con la posibilidad de despersonalización de la persona jurídica, lo que acarrearía su disolución. Se hizo presente, entonces, una nueva redacción para el ahora art. 50 del proyecto de ley que fue finalmente aprobado y sancionado por el Poder Ejecutivo en el año de 2002 con el siguiente texto, a saber:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no feito, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigação sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”¹¹⁰

En definitiva, el trámite del Código Civil elaborado durante los años 1970 tardó mucho tiempo para que fuera definitivamente sancionado y autorizado su entrada en vigor, en razón de la importancia de promover los debidos ajustes para responder a las necesidades colectivas, tanto de naturaleza espiritual como socioeconómica. A pesar de ese largo trámite, el nuevo CC¹¹¹ fue promulgado en 2002, sustituyendo a su anterior de 1916 que no resistió a los desgastes provocados por las mutaciones sociales y tecnológicas de los últimos años, pasando a regular el levantamiento del velo de la persona jurídica en la parte general del Código, en el artículo 50¹¹².

3.2. Presupuestos de la aplicación del levantamiento del velo en el Código Civil

Según se ha visto en el apartado anterior, el profesor Rubens Requião inspirado en la magnífica obra de Rolf Serick no sólo introdujo la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en el escenario académico, sino que contribuyó en todos los sentidos a su inclusión definitiva en el ordenamiento jurídico brasileño. El autor defendía enérgicamente la importancia de su aplicación siempre que la separación entre la sociedad y los socios fuera una mera apariencia para encubrir la intención de utilizarla como un rico mecanismo de fraude o abuso del derecho¹¹³.

¹¹⁰“En el caso de abuso de la personalidad jurídica, caracterizado por la desviación de finalidad o por la confusión patrimonial, puede el juez decidir, a petición de la parte o del Ministerio Público, cuando le corresponda intervenir en el proceso, que los efectos de ciertas y determinadas relaciones de obligaciones sean extendidas a los bienes de los particulares de los administradores o socios de la persona jurídica.” (*traducción del autor*).

¹¹¹ Resulta importante informar que el nuevo Código Civil de 2002 trajo consigo una parte especial que trata sobre el derecho empresarial, lo demostró un intento de unificar parte del derecho privado en un único código para que las disposiciones de derecho civil igualmente tuviesen efectos significativos en ese sector.

¹¹²Miguel Reale escribe un texto relativamente largo en el que hace consideraciones sobre el nuevo CC. Para él, la nueva ley preservó numerosas contribuciones valiosas de su antecesora de 1916, sólo sustituyendo las disposiciones que ya no correspondían a los valores éticos-jurídicos de la época, operando el necesario cambio de un ordenamiento individualista y formalista a otro de naturaleza social y abierta a las conquistas de la ciencia y de la jurisprudencia. Además no se trataba de un mero cambio de los dispositivos, sino de una nueva toma de posición ante el problema de la codificación exigida por el país, a la luz de otros paradigmas éticos y políticos, una vez que el código en vigor había sido elaborado para una nación predominantemente agrícola, con reducida población urbana, sin los inmensos problemas sociales del Brasil contemporáneo. Para otros detalles, véase Miguel Reale, *O novo código civil e seus críticos* (2002), Working Paper (www.saraivajur.com.br).

¹¹³Véase el artículo de Fábio Siebeneichler de ANDRADE *et al* (2010), *El levantamiento del velo de la personalidad jurídica en el derecho privado brasileño*, Revista de Derecho Privado, n. 19, agosto - diciembre 2010, págs. 83 - 107.

A partir de ese instante, se desarrolló una iniciativa legislativa que preveía la inserción del levantamiento del velo en el proyecto de la nueva legislación civil del Estado brasileño. Desde el surgimiento de tal propuesta hasta la efectiva incorporación en forma de un concreto dispositivo en el nuevo Código Civil promulgado en 2002, se recorrió un largo trayecto de innumerables correcciones y revisiones de los textos presentados. La entrada en vigor del Código conformó un nuevo marco legislativo para la aplicación del levantamiento del velo, plasmada en el art. 50.

“Art. 50. En el caso de abuso de la personalidad jurídica, caracterizado por la desviación de finalidad o por la confusión patrimonial, puede el juez decidir, a petición de la parte o del Ministerio Público, cuando le corresponda intervenir en el proceso, que los efectos de ciertas y determinadas relaciones de obligaciones sean extendidas a los bienes particulares de los administradores o socios de la persona jurídica.”

Sobre la base de este precepto legal, el presupuesto general del levantamiento del velo de la persona jurídica se relaciona directamente con el fenómeno del abuso de la personalidad jurídica, es decir, las situaciones en las que se traspasa los límites impuestos por la finalidad económica y social de la empresa, autorizando los jueces y tribunales a perseguir el patrimonio de los socios a fin de tutelar los intereses de los acreedores¹¹⁴. En términos legislativos, ese abuso se caracteriza por el desvío de finalidad o por la confusión patrimonial, lo que se aproxima mucho de las reglas fijadas en el campo del derecho comparado (tanto el derecho europeo como estadounidense)¹¹⁵.

Antes de proceder al examen en torno a los requisitos autorizadores de la teoría del levantamiento del velo mencionados en el art. 50 del CC, es necesario resaltar la presencia de dos corrientes doctrinales en el país sobre aquella teoría. En primer lugar, se observa la configuración de una Teoría Mayor (prevalece como regla general en el sistema jurídico) la cual condiciona la desconsideración de la autonomía patrimonial a la caracterización de fraude o abuso de derecho (criterios subjetivos). La Teoría Subjetiva, cuyo máximo representante se centra en la figura de Rolf Serick, fue definitivamente incorporada en el terreno del derecho privado brasileño a través de la brillante contribución del profesor Rúbens Requião, el cual trató de sistematizar su estudio.

En segundo lugar, se planteó una Teoría Menor como elaboración doctrinal que se opone al subjetivismo de la Teoría Mayor. La Teoría Objetiva (de menor aceptación en el país) se funda en la simple alegación de perjuicio del acreedor como criterio suficiente para admitir la desestimación de la personalidad jurídica y la responsabilidad directa del socio; en tanto que la

¹¹⁴Es importante insistir que la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica es un remedio utilizado para los actos cometidos mediante abuso de derecho, entre ellos está el abuso de la personalidad jurídica. El origen del término “abuso del derecho” surge en Francia, en la segunda mitad del siglo XIX, tras la promulgación del Código de Napoleón. La construcción de la figura del abuso del derecho adviene de una creación jurisprudencial que se generaliza después, con o sin expresión legislativa, por los diversos sistemas jurídicos de base continental y que, por último, se relaciona directamente con el análisis del contenido del derecho de propiedad en concreto. Sobre el tema, véase Manuel ATIENZA *et al* (2006), *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, p. 33.

¹¹⁵A pesar del art. 50 del Código Civil no haber mencionado expresamente la situación de fraude (entendida así como una forma de abuso de la personalidad jurídica), y esta exclusión haya sido objeto de varias críticas en el ámbito de la doctrina nacional, no se puede desconsiderar la posibilidad de levantamiento del velo también en este caso. Por cierto que el fraude reside en una conducta llevada a cabo por el deudor en el sentido de perjudicar claramente sus acreedores, por lo que se encuentra amparado por el sentido amplio del concepto de abuso de derecho de la personalidad jurídica. Además de ello, la jurisprudencia, en general, ha adoptado tal posición.

desconsideración de la personalidad jurídica se aplica cuando la diferenciación patrimonial de la sociedad y del socio figura como obstáculo a la satisfacción de los acreedores. Todas las veces en las que el patrimonio de la persona jurídica no sea suficiente para la satisfacción del crédito, o hasta en razón de su iliquidez, los socios serían responsabilizados. Así, la Teoría Menor se articula por medio de algunos factores objetivos, tales como: a) la ausencia de un presupuesto formal establecido en la ley; b) el desaparecimiento del objetivo social específico o del objetivo social; y la confusión entre estos objetivos y una actividad o interés individual de un socio¹¹⁶.

“Existe en el derecho brasileño, en verdad, dos teorías del levantamiento del velo. De un lado, la teoría más elaborada con una mayor consistencia y abstracción, la cual condiciona la desestimación episódica de la autonomía patrimonial de las personas jurídicas a los casos de manipulación fraudulenta o abusiva del instituto. En ese sentido, se distingue con claridad el levantamiento del velo de la personalidad jurídica de otros institutos que también importan la afectación del patrimonio del socio en virtud de obligación de la sociedad (ej. responsabilidad por la mala gestión, la extensión de la responsabilidad tributaria del administrador, etcétera). Ella será llamada, aquí, de teoría mayor. De otro lado, la teoría menos elaborada que se refiere a la desconsideración en toda y cualquier hipótesis de ejecución del patrimonio de socio en razón de una obligación social, cuya tendencia es la de condicionar el alejamiento del principio de la autonomía a la simple insatisfacción de crédito ante la sociedad. Se trata, por tanto, de la teoría menor que se contenta con la demostración por parte del acreedor de la inexistencia de bienes sociales y de la solvencia de cualquier socio, para atribuirle la obligación de la persona jurídica.”¹¹⁷

A pesar de la predominancia de la Teoría Mayor, el Superior Tribunal de Justicia se ha manifestado, en decisiones recientes, sobre la incidencia de la Teoría Menor en casos excepcionales, principalmente al tratarse de las relaciones de consumo con la finalidad de proteger los intereses de los consumidores frente al uso indebido de la persona jurídica. Esto tuvo lugar en el Recurso Especial 737000, donde se admitió no ser necesario la comprobación de fraude o abuso de derecho y se aplicó el art. 28, párrafo 5º, del Código de Consumo para levantar el velo de la sociedad ante la prueba del perjuicio de difícil o incierta reparación al recurrente, aún más teniendo en cuenta el estado de insolvencia en que se hallaba la empresa¹¹⁸.

Además de lo expuesto con anterioridad, la doctrina y la jurisprudencia han conocido y aceptado en determinadas ocasiones la aplicación de la teoría de levantamiento del velo inverso, cuya elaboración se refiere a las reflexiones del profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Hamburgo - Ulrich Drobnig. Aunque no haya una previsión expresa en la legislación civil, su aplicación es efectiva en las hipótesis en las que los acreedores particulares del socio fueron defraudados tras haber ocurrido una transferencia de los bienes personales del deudor, al

¹¹⁶La teoría menor surge como una regla legal específica derivada de la legislación especial que busca proteger los bienes jurídicos tutelados (consumidor, la libre competencia, el medio ambiente) que la utilización indebida de la persona jurídica y, por tal motivo, acaba por desvirtuar los orígenes clásicos del levantamiento del velo.

¹¹⁷(COELHO, 2007, p. 36).

¹¹⁸SSTJ, 3ª, 01.09.2011 (REsp 737000/MG; MP: Paulo de Tarso Sanseverino). Los argumentos de los magistrados se centraron básicamente en la afirmación de que para la Teoría Menor, el riesgo empresarial normal a las actividades económicas no puede ser soportado por el tercero que contrató con la persona jurídica, más bien por los socios de ésta, aunque demuestren conducta administrativa dudosa. Esto quiere decir que para aplicar la mencionada teoría no importa la prueba de la conducta imprudente o dolosa por parte de los socios de la persona jurídica, sino la mera prueba de insolvencia de la empresa respecto al pago de sus obligaciones.

patrimonio de la persona jurídica con el objetivo de escaparse a sus obligaciones comerciales. Sobre el levantamiento del velo inverso, Ana Carolina Santos Ceolin expone que éste es:

“un instrumento jurídico que permite prescindir la personalidad y la autonomía patrimonial de la persona jurídica y responsabilizarla por la obligación personal del socio. Mientras que la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica propiamente dicha pretende responsabilizar personalmente los socios por la práctica de actos en nombre de la sociedad, el denominado ‘levantamiento del velo inverso’ busca alcanzar el ente colectivo, sometiendo su patrimonio para responder por las deudas personales de sus miembros.”¹¹⁹

Siendo así, la técnica de levantamiento del velo inverso se presenta como una herramienta hábil para combatir el uso instrumental de la sociedad por parte del socio, que detenta un control sobre ella, con el fin de transferir sus bienes para la estructura societaria y frustrar los intereses de los acreedores¹²⁰. El fundamento de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica en la modalidad inversa es igual a la desestimación en su forma tradicional: sancionar el abuso de la persona jurídica y el uso indebido de su personalidad, por lo que se ignora el principio de la autonomía patrimonial en el sentido de garantizar que los bienes sociales respondan por las deudas de los socios. En ese mismo sentido, Carlos Alberto Menezes Direito certifica que:

“Como es bien sabido, el objetivo principal de la desestimación de la personalidad jurídica es el de responsabilizar el socio por la deuda formalmente imputada a la sociedad. Pero eso no quiere decir que no se pueda ocurrir de manera inversa, o sea, la desconsideración de la autonomía patrimonial para responsabilizar la sociedad por la deuda del socio, una vez caracterizada la manipulación fraudulenta.”¹²¹

La orientación en el ámbito del Superior Tribunal de Justicia es la de la aplicación del levantamiento del velo inverso, mismo sin una previsión expresa en la legislación civil. En la decisión dictada en el Recurso Especial 948117, la magistrada ponente Nancy Andrichi destacó que la interpretación literal del art. 50 del Código Civil sólo sirve para alcanzar los bienes del socio en razón de las deudas de la sociedad, por lo que lo inverso no prevalece. Sin embargo, a partir de un análisis teleológico de aquel mismo dispositivo en la búsqueda de la finalidad mayor del *Disregard doctrine* se puede muy bien legitimar la aplicación del levantamiento de la personalidad jurídica inverso a modo de alcanzar los bienes de la sociedad en virtud de las deudas contraídas por el socio controlador, una vez atendidos todos los requisitos de la norma¹²².

¹¹⁹(CEOLIN, 2002, p. 127).

¹²⁰En los Estados Unidos, la doctrina y los tribunales han admitido la teoría del levantamiento del velo inverso, tal como comenta Gregory S. Crespi: ante la petición de desestimación inversa de la personalidad jurídica, un miembro de la sociedad o una persona que tenga una deuda con algún miembro de esa sociedad, lo que intenta es hacer que el socio y el ente colectivo sean tratados como si fueran una única persona en virtud de un propósito determinado. El autor propone una clasificación de esa teoría en dos modalidades principales: la primera clase denominada *insider reverse piercing* engloba los casos en los que la desestimación inversa es requerida por el propio socio; la segunda clase llamada *outsider reverse piercing* abarca aquellos casos en los que la desestimación inversa es requerida por terceros, generalmente acreedores del socio. Véase Gregory S. CRESPI (1991), “The Reverse Piercing Doctrine: Applying Appropriate Standards”, *Journal of Corporation Law*, v. 33, Iowa, págs. 33-69.

¹²¹(DIREITO, 2003, p. 89).

¹²²Para una interesante literatura acerca de la doctrina del levantamiento del velo en Brasil, véase Marcio Tadeu Guimarães NUNES (2007), *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Quartier Latin, São Paulo.

“Además, aunque no se considere el tenor del art. 50 CC/2002 bajo la óptica de una interpretación teleológica, se entiende que la aplicación de la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica en su modalidad inversa encuentra su justificación en los principios éticos y jurídicos intrínsecos a la propia disregard doctrine, que vedan el abuso de derecho y el fraude contra acreedores. Otro, no era el fundamento usado por los Tribunales para justificar la desconsideración de la personalidad jurídica propiamente dicha, cuando antes del advenimiento del CC/2002 no podía valerse de la regla contenida en el art. 50 del diploma actual. En ese sentido se destacan los siguientes precedentes: REsp 86.502/SP, 4ª Turma, Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 26.08.1996 y REsp 158.051/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 12.04.1999.”¹²³

Por tanto, el Código Civil de 2002 (Ley 10.406/2002) consagró en carácter definitivo la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica en su art. 50, estableciendo como parámetro esencial para su aplicación la hipótesis de abuso de la personalidad jurídica caracterizada por el desvío de finalidad y por la confusión patrimonial. De ahí que todo lo explicado con anterioridad lleva necesariamente a un examen sobre la definición legal de esos dos presupuestos, los cuales tienen como objetivo el de orientar la correcta aplicación de la teoría por los jueces y tribunales.

a) La caracterización del desvío de finalidad

En los términos del art. 50 del Código Civil, el fenómeno del abuso de la personalidad jurídica se materializa en la hipótesis de desvío de finalidad de la sociedad, lo que equivale decir al uso anormal o anómalo de la misma. En ese sentido, el problema de la disfunción de la persona jurídica empresarial se debe a la práctica de actos intencionales por parte de los propios socios con el propósito de defraudar los fines previstos en la ley o exigidos por el interés público, por lo que se va a asistir así, a la consecuente desvirtuación o menoscabo de su finalidad institucional.

El desvío de finalidad se basa, por lo tanto, en el uso de la sociedad hacia objetivos diversos de los establecidos en el contrato social, es decir, para atender propósitos declaradamente distintos con independencia de los que justificaron su creación. Con todo, hay que tener presente que la función de la persona jurídica se relaciona no sólo con su objeto social, sino también con la finalidad inherente a las personas colectivas en general, entendidas como instituciones que integran toda una comunidad. Dentro de esa perspectiva, Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas interpreta la finalidad social a la que hace mención el art. 50 del CC y subraya que:

“La finalidad a que se refiere el dispositivo no dice respecto apenas a aquella presente en los estatutos sociales, sino también a los objetivos sociales de la persona jurídica que motivaron la propia personalización de la persona jurídica. El mencionado fin social se encuentra plasmado en los artículos 5º, XXIII, y 170, III, de la Constitución Federal.”¹²⁴

Es posible afirmar, entonces, que la finalidad de la persona jurídica no se limita apenas a lo previsto en el estatuto societario, más bien, debe ser concebida de manera más amplia como reflejo de su función desempeñada en el seno de la comunidad. Bajo esta óptica, los daños

¹²³SSTJ, 3ª, 22.06.2010 (REsp 948117/MS; MP: Nancy Andrighi); véase SSTJ, 3ª, 02.09.2010 (EDcl en Ag 748938/SP; MP: Paulo de Tarso Sanseverino); SSTJ, 3ª, 16.08.2011 (AgRg na MC 18246/RN; MP: Paulo de Tarso Sanseverino).

¹²⁴(FREITAS, 2002, p. 267).

eventualmente causados mediante el empleo de la personalidad jurídica que fueron motivados por un desvío de función (comprendido como una manifestación de abuso de derecho), deberán sufrir una respuesta del derecho con el objetivo de sancionar aquellas conductas que atenten contra la vida de la colectividad. Como es sabido, el derecho debe cumplir una función social:

“El derecho fue creado en atención al individuo con el objetivo de ordenar su convivencia con otros individuos. El ejercicio de sus derechos, privados, debe atender a una finalidad social. La función social del derecho que se refiere sobre todo a los contratos y a la propiedad, debe ser atendida por el individuo. Así, el sujeto no ejercitará sus derechos de manera egoísta, pero teniendo en cuenta la función de ellos; la finalidad social que objetivan. El acto, aunque sea conforme a la ley, pero si contrario a esa finalidad, será abusivo y, consecuentemente, atentatorio al derecho.”¹²⁵

Como se ha venido insistiendo, el abuso de la personalidad societaria a través del desvío de finalidad, debe ser interpretado como la quiebra de los objetivos expresados en el reglamento estatutario y también a la luz de la violación del principio de la función social de la propiedad privada. La explotación de la actividad económica, por la vía empresarial, es la manifestación del derecho de propiedad, por cuanto la jurisprudencia alemana ha reconocido que el derecho al ejercicio de una explotación empresarial organizada, constituye objeto de la garantía constitucional de la propiedad. Sobre este tema, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury dice que:

“La función del instituto de la persona jurídica de limitación del riesgo empresarial, a través del reconocimiento de su existencia como distinta de la de sus miembros, cuyo objetivo es el de impulsar el desarrollo de las actividades económicas y contribuir al desarrollo social, no es evidentemente ilegítima; sin embargo, la utilización de ésta puede tener, en algunos casos, ese carácter.”¹²⁶

Por tanto, el levantamiento del velo en el supuesto de desviación de la finalidad, conforme la orientación del art. 50 del CC, puede ser entendido como la utilización de la persona jurídica y de su personalidad para fines muy diversos de los trazados por el legislador. Llevando las cosas un poco más lejos, la disfunción de este instituto jurídico puede ocurrir tanto en las situaciones en las que se vulnera los preceptos contenidos en el estatuto societario que le concedió vida, como en los casos en los que su personalidad ha sido usada para perjudicar el interés público y general.

b) El requisito de la confusión patrimonial

El art. 50 del CC igualmente hace alusión a la confusión patrimonial, como requisito para la desestimación de la personalidad jurídica. A la persona jurídica, idealizada como un centro autónomo de intereses jurídicos, se le impone una concreta separación entre su patrimonio y el de las personas físicas que la integran. De tal forma, cuando tal distinción no permanezca o que sea muy difícil identificarla, se presume que la persona jurídica no se constituyó en un auténtico centro autónomo cuyos intereses deben ser preservados, puesto que posiblemente está siendo utilizada como un vehículo de fraude o abuso de derecho, en perjuicio de intereses de terceros.

¹²⁵(REQUIÃO, 1988, págs. 72-73).

¹²⁶(KOURY, 2002, p. 67).

“Cuando el patrimonio de los socios no puede distinguirse del patrimonio de la sociedad, se habla de una confusión de patrimonios (*Vermögensvermengung*). Cuando en cambio la división de la persona jurídica y de sus miembros no se puede distinguir exteriormente se habla de confusión de esfera (*Sphärenvermischung*). Este último caso se presenta cuando por ej. el nombre, la organización (libros, cuenta bancaria y bienes patrimoniales), la imputación patrimonial o las formalidades societarias no son cumplidas, y por lo tanto no se puede reconocer si se está en presencia de un acto societario o de los socios. En tal caso no pueden alegar los socios que ellos son propietarios de los bienes que aparecen como sociales o afirmar este carácter cuando los mismos aparecen como bienes privados.”¹²⁷

Para Fábio Konder Comparato, la confusión patrimonial no se restringe únicamente a la mezcla de los patrimonios entre socios y sociedad. En verdad, el presupuesto de la confusión patrimonial entre la sociedad controlada y la sociedad controladora reside en el principio esencial para la superación de la personalidad jurídica *externa corporis* una vez que, en materia empresarial, el instituto de la persona jurídica nada más es que una técnica de separación patrimonial. Así, si el controlador (gran interesado en el principio de la división patrimonial) lo incumple, los jueces no deberán respetar tal principio y tampoco transformarlo en una regla puramente unilateral¹²⁸.

Él explica que la confusión entre empresas de un mismo grupo es prácticamente inevitable, ya que el interés individual de una de las sociedades está sometido al interés general de las sociedades agrupadas, lo que torna difícil evitar las transferencias de activos. O si castiga esa transferencia entre las sociedades, considerando ilegal y abusiva la confusión patrimonial para condenar el grupo, o se suspende definitivamente la aplicación de esas normas, dejando de lado los intereses de los acreedores. Así, ocurrirá siempre una tensión con el fin de estimular el levantamiento del velo en el grupo económico que debe ser solucionado según el caso concreto.

Además, F. K. Comparato informa que un recurso bastante empleado en Europa y Estados Unidos para desestimar la autonomía de sociedades de un mismo grupo económico es el de la confusión aparente de personalidades. No se trata sólo de la confusión patrimonial interna, pero si, de una externa que se traduce en la presentación de la sociedad ante a terceros. De esa forma, la confusión externa consiste en que más de una sociedad aparece como si fuera un grupo o un conglomerado, por ejemplo, en los casos de dos sociedades que poseen denominaciones sociales semejantes en el que tal confusionismo pueda originar perjuicios e incertidumbres a terceros¹²⁹.

“La confusión de esferas se caracteriza en su forma típica cuando la denominación social, la organización societaria o el patrimonio de la sociedad no se distingue de manera clara de la persona del socio, o entonces cuando las formalidades societarias necesarias a la referida separación no son aplicadas. En relación al primer caso (confusión de denominación) se puede mencionar el empleo de nombres semejantes o de fácil confusión con el nombre de la sociedad controladora para designar la sociedad controlada. (...) Ya los demás modos de identificación de la confusión de esferas se basan sobre todo en criterios formales, tales como la existencia de administración y contabilidad separadas entre socio y sociedad.”¹³⁰

¹²⁷(MOEREMANS, 1989, p. 348).

¹²⁸(COMPARATO, 1976, p. 362).

¹²⁹(*Ibidem*, p. 373).

¹³⁰(SALOMÃO FILHO, 1998, p. 90).

Por otra parte, la doctrina ha mostrado una gran preocupación en cuanto a las situaciones de infracapitalización societaria en las que la persona jurídica no dispone de capital social suficiente para satisfacer sus finalidades institucionales. Sobre ello, es importante esclarecer que ese fenómeno se desdobra en dos situaciones: de un lado, habrán las hipótesis en las que la infracapitalización se manifiesta en virtud de la evidente insuficiencia de fondos para cumplir con el objeto y la actividad social pretendidos, denotando el peligro creado por los socios en el ejercicio del comercio (forma calificada); y de otro, ella podrá presumirse cuando la persona jurídica posea un patrimonio razonable para satisfacer sus obligaciones sociales (forma simple).

Resulta obvio que el derecho no puede tolerar la actuación de sociedades temerarias que cuentan con una pequeña fracción patrimonial totalmente insuficiente para hacer frente a los encargos contractuales asumidos y a los riesgos derivados del desarrollo de la actividad económica, lo que genera una inestabilidad en el tráfico negocial. A pesar de que el art. 50 del CC no haya previsto la hipótesis de infracapitalización, ésta circunstancia en su forma calificada puede ser incluida entre los supuestos de abuso de derecho, lo que conduce al levantamiento del velo ante el indicio de una supuesta manipulación ilegal de la sociedad para eludirse de obligaciones con terceros.

Otra situación que ha ido inspirando cada vez más los tribunales de justicia a hacer uso de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad societaria con fundamento en la cuestión de la insuficiencia patrimonial, se refiere a las hipótesis donde se constata la disolución irregular de la entidad societaria. En estos casos, los acreedores se encuentran desprovistos de su garantía (el patrimonio societario), una vez que la sociedad ha sido disuelta sin la observancia de las formalidades legales para el fin de todas las actividades que hasta el momento venía realizando.

Por todo ello, la confusión patrimonial procede del desorden verificado en lo que se refiere a los negocios de la sociedad y de los socios individualmente considerados, lo que suscita serias dudas acerca de la intención idónea de aquéllos en la conducción de la actividad empresarial. Así como en el desvío de finalidad, la simple existencia de una confusión patrimonial todavía no es un criterio suficiente para levantar el velo de una determinada persona jurídica; ello porque, la confusión requiere la vinculación con el abuso de la personalidad, esto es, cuando el desorden de patrimonios o de personalidades haya sido realmente pensado para perjudicar terceras personas.

3.3. Efectos materiales y aspectos procesales del levantamiento del velo

En cuanto a los efectos de la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica en el derecho brasileño, el art. 50 del CC preceptúa que se podrán extender los efectos de determinadas relaciones obligatorias a los bienes particulares de los administradores o socios de la persona jurídica. A partir de esta formulación, se desprende que el levantamiento debe alcanzar, en principio, solamente a los individuos que figuran activamente como socios de una determinada empresa, sin afectar los bienes de quienes ya no son considerados socios de la persona jurídica¹³¹.

¹³¹A este respecto, véase Alexandre Couto Silva (1999), *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, LTR, São Paulo.

Por lo anteriormente expuesto, la técnica del levantamiento debe restringirse básicamente a los bienes del socio que pueda ser responsabilizado por la eventual conducta abusiva de la personalidad jurídica, caracterizada por el desvío de finalidad o por la confusión patrimonial, ya estudiados en la epígrafe anterior. Lo que se pretende evitar es que si la deuda corresponde a un periodo previo a la fecha en que un socio, con participación en el capital social, asumió la función de gerencia de la sociedad, sus bienes no podrán ser alcanzados por el levantamiento del velo.

Volviendo la mirada hacia el art. 50 del CC, también es necesario preguntar si el desconocimiento de la personalidad jurídica puede ser aplicado de forma solidaria como garantía y protección de los intereses legítimos que se hayan violado mediante la forma de la persona jurídica. En realidad, el dispositivo mencionado no dispone absolutamente nada sobre esta consecuencia, lo que abre paso a la posibilidad de no considerar la solidaridad en atención a la noción general de que esta no se presume; una vez que resulta de la ley o de la voluntad de las partes (art. 265 CC).

Paralelamente al análisis en torno a los efectos materiales que han sido objeto de intensos debates en el terreno del derecho privado brasileño, tanto la doctrina como la jurisprudencia igualmente han enfrentado cuestiones de orden procesal en lo concerniente a la relación al levantamiento del velo societario con los principios procesales del debido proceso legal, del contradictorio y de la amplia defensa, los cuales están consagrados en el art. 5º de la Constitución Federal de Brasil de 1988, precisamente en el capítulo que trata expresamente sobre los derechos fundamentales.

Una vez que la teoría del levantamiento de velo importa en la posibilidad de que el acreedor de la persona jurídica persiga los bienes de los socios (que serán partes en el proceso judicial), se ha debatido sobre la necesidad de un procedimiento procesal específico, o si sólo basta con que el acreedor plantee la cuestión en sede de la acción ejecutiva ya movida contra la persona jurídica. A pesar de varias opiniones en el sentido de que realmente debe existir una acción autónoma en la que se solicite el levantamiento, los tribunales consideran que tal providencia no es necesaria.

Para el Superior Tribunal de Justicia basta con que el acreedor proponga un incidente dentro de la acción ejecutiva ya existente contra la persona jurídica, lo que no representa bajo ninguna hipótesis una infracción a las garantías constitucionales del debido proceso legal, de la amplia defensa y del contradictorio, desde que se encuentren evidenciados los requisitos legales para la desestimación de la personalidad jurídica. En ese sentido, en la decisión del agravo de instrumento¹³² en sede de recurso especial 418385, el STJ se posicionó sobre falta de exigibilidad de una acción autónoma en lo relativo a la petición de desconsideración en el proceso concursal, en los casos en que se configura el fraude, el abuso de derecho y la confusión patrimonial¹³³.

¹³²El Agravo de Instrumento reside en un recurso interpuesto contra una decisión judicial, es decir, contra el acto del juez que, durante el curso de un proceso, resuelve una cuestión de naturaleza incidental (arts. 522 – 529 CPC).

¹³³SSTJ, 2ª, 14.03.2012 (AgRg en el REsp 418385/SP; MP: Ricardo Villas Bõas Cueva); Para otros precedentes judiciales en el mismo sentido véase: SSTJ, 4ª, 05.04.2011 (REsp 1180714/RJ; MP: Luis Felipe Salomão); SSTJ, 4ª, 05.02.2009 (REsp 1034536/MG; MP: Fernando Gonçalves); SSTJ, 3ª, 16.12.2008 (REsp 1036398/RS; MP: Nancy Andrighi); SSTJ, 4ª, 19.06.2007 (REsp 418385/ SP; MP: Aldir Passarinho Junior); SSTJ, 5ª, 06.06.2006 (AgRg no REsp 798095/ SP; MP: Felix Fischer); SSTJ, 3ª, 09.12.2003 (REsp 228.357/SP; MP: Castro Filho); SSTJ, 3ª, 19.08.2003 (RMS 16.105/GO; MP: Nancy Andrighi); SSTJ, 3ª, 24.06.2002 (RMS 12.872/SP; MP: Nancy Andrighi); SSTJ, 3ª, 30.04.2002 (REsp 332.763/SP; MP: Nancy Andrighi); SSTJ, 3ª, 16.02.2001 (REsp 211.619/SP; MP: Eduardo Ribeiro).

En otra oportunidad, el Superior Tribunal de Justicia igualmente se pronunció sobre la falta de la necesidad de una acción autónoma para requerir la desestimación de la personalidad jurídica, desde que fuesen comprobados los requisitos legales para la aplicación de aquella medida. Es exactamente eso lo que se ve en el fallo en el recurso de agravio de instrumento¹³⁴ en sede de recurso especial 9925, donde el STJ formula el entendimiento de que el Tribunal ordinario entra en ruta de colisión cuando admite la urgencia de acción autónoma respecto a la desconsideración de la persona jurídica, prescindiendo la providencia de un incidente en el proceso concursal.

“La cuestión que ha sido sometida a esta Corte Superior se refiere únicamente a la necesidad, o su dispensa, de la proposición de una acción autónoma para obtenerse la desconsideración de la personalidad jurídica. La jurisprudencia del STJ es firme en el sentido diametralmente opuesto al manifestado por el Tribunal de origen. En los términos de los precedentes citados en la decisión de segunda instancia, se ha entendido que la desconsideración de la personalidad jurídica, atendidos los requisitos legales, puede ser aplicada incidentalmente por el juez de la causa.”¹³⁵

Asimismo, se indaga si el juez puede establecer *ex officio* en el proceso ejecutivo (sin la iniciativa del acreedor), la indisponibilidad de los bienes de los socios ante la carencia de patrimonio de la empresa para la satisfacción del crédito. En el derecho civil, tal procedimiento cautelar no es común, puesto que lo habitual es que los jueces aguarden la manifestación del tercero para decretar el levantamiento del velo. Con todo, si se toma en cuenta el poder general de cautela (art. 798 CC) bajo el fundamento de la garantía del orden económico y social, la autoridad judicial podrá tomar providencias, aunque no previstas en la ley, con el fin de asegurar un bien contra el riesgo de lesión. El STJ trata de esa cuestión en el recurso especial 370068 y determina que:

“El juez está autorizado a determinar cualquier medida, aunque no prevista en ley, a fin de garantizar un bien de la vida contra el riesgo de lesión. En ese sentido, el magistrado puede actuar incluso *ex officio* cuando el riesgo de lesión se refiere a la eficacia del proceso y no directamente sobre los intereses individuales. (...) Así, en el presente caso, cabe verificar que si la medida cautelar de indisponibilidad de los bienes atiende a los requisitos de *fumus bonis iuris* y los de *periculum in mora*. Tales presupuestos fueron adecuadamente demostrados en la sentencia declaratoria del proceso concursal, en la cual el juez de primera instancia detectó que los socios, directores y ex directores, practicaron el fraude para la disipación del patrimonio de la empresa, hasta las vísperas del decreto del cierre de la empresa, incluso con las transferencias de los bienes para otras sociedades.”¹³⁶

Otra cuestión procesal bastante discutida, se refiere al levantamiento del velo sin citación previa de los socios para que ejerciten sus derechos al contradictorio acerca de la medida judicial adoptada. Se trata de una calurosa discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en que es frecuente el uso de las tutelas de urgencia, cuando el juez atiende una de las partes sin interrogar la otra. La excepcionalidad del levantamiento unida a la postura del juez en determinarla sin escuchar la otra parte, se presenta como un eminente riesgo al deterioro del

¹³⁴Véase nota 132. El agravio de instrumento es un recurso procesal interpuesto contra una determinada decisión judicial susceptible de causar una lesión grave o de difícil reparación a una de las partes del proceso, así como en los casos de inadmisión del recurso de apelación y en lo relativo a los efectos en que la apelación es recibida.

¹³⁵SSTJ, 3ª, 08.11.2011 (AgRg en el REsp 9925/MG; MP: Nancy Andrighi); Para una fundamentación jurídica semejante al de esa sentencia véase también STSJ, 4ª, 24.10.2006 (REsp 331478 / RJ; MP: Jorge Scartezzini).

¹³⁶SSTJ, 3ª, 16.02.2003 (REsp 370068/GO; MP: Nancy Andrighi).

principio del contradictorio lo que acaba por desvirtuar el beneficio de la figura del levantamiento. El STJ ha acogido la línea de que es esencial al buen desarrollo del proceso la citación de todos los socios sobre la petición de desestimación de la personalidad jurídica¹³⁷.

Es oportuno señalar que se ha planteado la posibilidad de postular el levantamiento del velo a la hora de interponer el recurso ante el tribunal de segunda instancia. Por lo general, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han descalificado esta posibilidad en virtud del grave atentado que esto puede proporcionar contra los principios constitucionales del contradictorio y del debido proceso legal. La desestimación de la personalidad jurídica para perseguir los bienes de los socios deberá ser autorizada por acto judicial sólo tras la prueba detallada de los hechos que condujeron al abuso del derecho a través de la caracterización del desvío de finalidad o de la confusión patrimonial, lo que solamente es factible en la fase de instrucción del proceso judicial.

Por otra parte, el STJ ha establecido el entendimiento pacífico de que la decisión que decreta la desconsideración de la personalidad jurídica debe ser impugnada a través de recurso ordinario y no ante la interposición de *mandado de segurança*¹³⁸. La justificación se basa en que la referida acción de naturaleza constitucional, no es una vía adecuada para la discusión de materia relacionada con el levantamiento del velo de la persona jurídica, una vez que no comporta la posibilidad de investigación probatoria como para averiguar la existencia del abuso de la personalidad societaria, caracterizada por el desvío de finalidad o la confusión patrimonial.

“Es que la materia ha sido enfrentada a la luz de la situación fáctica específica, lo que se ve en la comprensión de la Corte a quo, la empresa demandante sería, en verdad, administrada por el mismo socio gerente de la empresa fallida y fue creada concomitantemente con el proceso de quiebra de otra, como especie de ‘fachada’ en verdadero fraude a los acreedores y a las obligaciones asumidas. Dentro de esas circunstancias, imposible concebir el desarrollo de la controversia para la verificación de la existencia de derecho líquido y cierto sin recaer en el examen de prueba, absolutamente incompatible con la vía excepcional elegida.”¹³⁹

Esa línea jurisprudencial ha sido seguida en muchas otras decisiones de aquella Corte Superior de Justicia sobre los casos en los que se produjo la desestimación de la personalidad jurídica y que, ante esto, los perjudicados interpusieron el *mandado de segurança* contra el acto del juez que autorizó la medida. Los fundamentos argüidos son siempre los de que la defensa en el proceso donde se declaró el abuso de derecho o fraude por medio de la persona jurídica para perjudicar los acreedores requiere una incesante actividad probatoria o un análisis profundizado sobre los hechos específicos, lo que realmente es incompatible con el mencionado remedio constitucional.

¹³⁷Sin embargo, hay que tener siempre presente que la personificación debe ser respetada, por lo que no se puede ignorar el principio de la separación patrimonial y dirigir la demanda directamente contra los socios de la persona jurídica. El levantamiento del velo es una medida propuesta contra la persona jurídica y determinada por un acto judicial, quedando vedado a los acreedores suprimir etapas procesales a fin de accionar directamente los socios. Para más detalles sobre la postura del Tribunal Superior de Justicia sobre esa cuestión en concreto, véase la STSJ, 3ª, 18.04.2002 (REsp 282266 / RJ; MP: Ari Pargendler).

¹³⁸El *Mandado de segurança* es una acción constitucional cuyo objetivo es el de la protección de un derecho líquido y cierto en virtud de la producción de un acto declarado ilegal o abusivo por una autoridad pública. En el sistema jurídico español, el *mandado de segurança* podría ser considerado como una figura análoga al recurso de amparo.

¹³⁹STJ, 4ª, 22.04.2008 (RMS 15383 / MG; MP: Aldir Passarinho Junior).

“Por otro lado, cabe mencionar que si no hubo desvío financiero y gerencia fraudulenta en la empresa demandada con el fin de impedir la desconsideración de la personalidad jurídica, ésta demandaría el examen de pruebas, lo que es inadmisibile en la vía del *mandado de segurança*, donde el derecho debe ser liquido y cierto, es decir, libre de dudas.”¹⁴⁰

En definitiva, el levantamiento del velo debe ser aplicado con arreglo a los principios constitucionales del debido proceso legal, amplia defensa y contradictorio y con las normas procesales consagradas en el sistema jurídico patrio. Con todo, se hace necesaria la promulgación de una ley que discipline correctamente el procedimiento de aplicación de la doctrina a modo de dirimir cualquier cuestión doctrinal o jurisprudencial que ponga en peligro las garantías constitucionales citadas y, principalmente, la satisfacción de los derechos de los acreedores¹⁴¹.

3.4. El Superior Tribunal de Justicia: los grupos de casos en la jurisprudencia¹⁴²

En los últimos años, el Superior Tribunal de Justicia (Corte responsable por la uniformización de la interpretación de ley federal en toda la extensión territorial de Brasil, siguiendo los principios constitucionales y la garantía y defensa del Estado democrático de Derecho) ha dirimido innumerables controversias en lo referente a la aplicación de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. El cuerpo de magistrados¹⁴³ ha dictado significativas resoluciones sobre los más variados casos relativos sobre la materia en el campo del derecho privado¹⁴⁴.

Antes de entrar a examinar los casos en los que se empleó el levantamiento del velo para poner fin a una situación injusta derivada de la tajante distinción entre el patrimonio de los socios y de la sociedad, es fundamental aclarar algunos puntos ya estudiados a lo largo de este capítulo. En los procesos que le han sido sometidos, el STJ siempre justifica el uso de la medida en el art. 50 del CC, y por lo tanto, busca convencerse del abuso de la personalidad jurídica ante las pruebas realizadas en las instancias ordinarias para desestimarla y proteger el derecho de los acreedores.

En cuanto a las decisiones del Superior Tribunal de Justicia dictadas en materia de levantamiento de la personalidad jurídica, la tendencia preponderante es la de establecer que tal levantamiento

¹⁴⁰SSTJ, 3ª, 17.08.2010 (AgRg no RMS 26997/SP; MP: Vasco Della Giustina). Para otros precedentes jurisprudenciales en el mismo sentido de la sentencia mencionada, véase por ejemplo: SSTJ, 4ª, 17.12.2009 (AgRg no RMS 20240/SP; MP: Luis Felipe Salomão); SSTJ, 4ª, 25.11.2008 (RMS 24070/SP; MP: Aldir Passarinho Filho); SSTJ, 4ª, 21.08.2007 (RMS 21417/SP; MP: Fernando Gonçalves); SSTJ, 4ª, 15.03.2007 (RMS 14166/SP; MP: Aldir Passarinho Junior); SSTJ, 3ª, 06.10.2005 (RMS 19633/SP; MP: Nancy Andrighi); SSTJ, 4ª, 14.12.2004 (RMS 5498/ SP; MP: Jorge Scartezini); SSTJ, 4ª, 02.12.2003 (RMS 12873/SP; MP: Fernando Gonçalves); SSTJ, 5ª, 19.08.2003 (RMS 16274/SP; MP: Nancy Andrighi); SSTJ, 3ª, 20.05.2003 (RMS 15312/MG; MP: Carlos Alberto Menezes Direito).

¹⁴¹ En efecto, tramita en el Congreso Nacional (Brasilia) desde 2003 un proyecto de ley presentado por el diputado Federal Ricardo Fiúza cuyo contenido aborda una propuesta de ley federal 2.426/2003 con el propósito de reglamentar los aspectos procesales referentes a la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica.

¹⁴² Todas las sentencias analizadas en ese apartado, y que fueron cuidadosamente divididas en grupos de casos, han sido extraídas de la base de datos de la pagina web del Superior Tribunal de Justicia (www.stj.gov.br)

¹⁴³ Conviene anotar que, en Brasil, se emplea el término *ministro* para designar los magistrados que componen los tribunales superiores del país, tanto el Superior Tribunal de Justicia como el Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁴ El STJ es la última instancia del Poder Judicial brasileño para las causas de naturaleza infraconstitucional, esto es, que no están relacionadas directamente con la Constitución Federal. Concebido como un órgano de convergencia de la Justicia Común aprecia, las causas procedentes de todo el territorio nacional, en todas las vertientes jurisdiccionales no especializadas. Su competencia está prevista en el art. 105 de la Constitución.

se constituye en un mecanismo excepcional, pues solamente podrá ser aplicado a un determinado caso cuando se verifique el abuso de derecho. El Superior Tribunal ha considerado abusiva la conducta de la persona jurídica, principalmente en los casos en los que ella clausura sus actividades sin cumplir las normas legales y dejar bienes susceptibles de ser embargados.

Por cuestiones eminentemente didácticas y con la finalidad de facilitar o simplificar la comprensión sobre la actividad de la Corte Superior de Justicia, se seguirá la clasificación de los casos presentados en distintos grupos. Con esto, se quiere, más que todo, lograr transmitir al lector una idea más concreta en torno al estado actual en el que se encuentra la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en Brasil e, igualmente, indicar los principales argumentos jurídicos a la hora de desestimar la personalidad de un determinado ente societario.

a) Fraude de ley, fraude de acreedores, simulación, infracapitalización y mala fe

En un primer grupo de casos, el levantamiento del velo se está imputando a una de las partes por la utilización abusiva o fraudulenta de la persona jurídica, por lo que el conjunto de sentencias no constituyen ninguna particularidad en el estudio de aquella teoría. En esas resoluciones judiciales, el Superior Tribunal de Justicia valora la conducta ética de las acciones citadas en el epígrafe, así como la idea del levantamiento del velo como una medida de carácter excepcional para solucionar los casos de abuso de la personalidad jurídica de las sociedades de capitales.

Disolución irregular de la sociedad. Sentencia en el Recurso Especial 668190/SP, de 13 de septiembre de 2011. En la ejecución de sentencia proveniente de una acción indemnizatoria que decretó la desconsideración de la personalidad jurídica de la empresa VIMA- Viação Manchester Ltda, la Auto Ônibus São João Ltda interpuso recurso de agravo de instrumento que fue posteriormente negado por el Tribunal de Justicia de São Paulo. Se interpuso, pues, recurso especial ante el STJ contra tal decisión bajo la alegación de expresa violación de los arts. 535, 596 y 472 del Código de Proceso Civil y arts. 50 y 1.052 del Código Civil brasileño. El STJ, a su vez, mantuvo la decisión en la que se desconsideró la personalidad jurídica de la empresa VIMA, una vez que ésta se disolvió de forma irregular sin la debida baja en el Registro Mercantil, constituyendo un artificio malicioso para librarse de las obligaciones comerciales, por lo que queda autorizada la consecuente invasión en el patrimonio de los socios a fin de satisfacer el valor del crédito¹⁴⁵.

Disolución irregular de la sociedad. Sentencia en el Agravo Regimental (Recurso Especial) 1088303/DF, de 05 de abril de 2011. Interpuesto agravo regimental por la empresa SMAFF - Constructora e Incorporadora de Inmuebles Ltda - contra decisión en sede de Recurso Especial que mantuvo la desconsideración de la personalidad jurídica ante la alegación de disolución irregular de la empresa, lo que denota la intención de defraudar los intereses de los acreedores. El STJ entendió que el socio de la sociedad de cuotas limitadas responde con sus bienes particulares de la deuda social por la paralización irregular de las actividades de la citada sociedad, sin que se encuentren bienes para responder por su pasivo, a pesar de que ésta siga teniendo una existencia jurídica¹⁴⁶.

¹⁴⁵SSTJ, 3ª, 13.09.2011 (AgRg en el Ag 668190/ SP; MP: Ricardo Villas Bôas Cueva).

¹⁴⁶SSTJ, 3ª, 05.04.2011 (AgRg en el REsp 1088303 / DF; MP: Massami Uyeda).

Disolución irregular de la sociedad. Muerte de uno de los socios. Sentencia en el Recurso Especial 846331/RS, de 23 de marzo de 2010. Formulada acción de cobro promovida por la Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos contra la MRC - Corretora de Seguros Ltda. Los hechos, tal y como los resume la sentencia, cuentan que las partes celebraron un contrato cuyo objeto era la prestación de servicios de limpieza, tratamiento y entrega de correspondencias en una área de la ciudad de Porto Alegre (Estado de Rio Grande do Sul). Alega la demandante que la MRC dejó de efectuar algunos pagos, por lo que se requirió el cobro de la deuda correspondiente a R\$ 470,09 con el incremento de multa del 10% e intereses de 0,033%/día y otras previsiones legales. Luego, se solicitó la aplicación del levantamiento del velo de la persona jurídica (MRC) bajo el fundamento de que ésta se había disuelto de forma irregular, una vez que no consta ninguna información en el Registro Mercantil sobre el fin de sus actividades. El juzgado de Primera Instancia afirmó que con el fallecimiento del socio gerente Oscar Mentz Neto, la sociedad fue extinta de pleno derecho. Interpuesto agravio de instrumento por la actora ante el Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, éste desestimó el recurso. Inconformado con tal decisión, el actor interpuso recurso especial en el que menciona la violación a los arts. 337 Y 338 del Código de Comercio (Decreto 3.708/19) y art. 592, II, del CPC. La cuestión central del proceso reside en saber si ocurriendo la muerte de uno de los socios de la sociedad limitada, la empresa sería automáticamente extinguida y quedaría autorizada la superación de la personalidad jurídica de la persona moral de modo a alcanzar los bienes personales del socio sobreviviente. El STJ entendió que no se puede justificar la medida del levantamiento del velo solo en base al hecho de que la empresa paralizó sus actividades en virtud del fallecimiento de uno de los socios, pues tal circunstancia no implica en fraude o abuso de derecho y tampoco desvío de finalidad o confusión patrimonial. Cabe a la acreedora buscar la satisfacción de su crédito por medio de los bienes de la sociedad, resaltando que la inexistencia de patrimonio sin la comprobación de que el vaciamiento se dio por una acción fraudulenta de los socios no justifica, por sí sola, la aplicación de la clásica teoría del *disregard of the legal entity*. Por fin, el Tribunal Superior de Justicia concluye:

“Cabe destacar que aunque el fallecimiento de uno de los socios pueda generar el fin de las actividades de la empresa en virtud de la unipersonalidad de la sociedad limitada, no necesariamente importará su disolución total; bien porque la participación en la sociedad es atribuida, por sucesión causa mortis, a un heredero o legatario; bien porque la jurisprudencia ha admitido que el socio sobreviviente explota la actividad económica individualmente, de forma temporal, hasta que se perfeccione la sucesión.”¹⁴⁷

Disolución irregular de la sociedad. Sentencia en el Recurso Especial 970635/SP, de 10 de noviembre de 2009. La empresa New Bel Representações Comerciais Ltda enjuició una acción ejecutiva contra Farmatic Ltda por la que se postula el pago de R\$ 10.120,05 relativos a la condena impuesta a la segunda, derivado de una acción de cobro. El juzgado de primera instancia determinó el levantamiento del velo para alcanzar el patrimonio de los socios bajo el fundamento de que la empresa aparentemente había suspendido irregularmente sus actividades con el consecuente cambio de dirección, aún teniendo obligaciones pendientes de liquidación. Tras la interposición de agravio de instrumento y embargos de declaración por parte de la empresa Farmatic Ltda ante el Tribunal de Justicia de São Paulo, se planteó recurso especial en el que se alega que la simple inexistencia de bienes para la satisfacción del crédito debido no es suficiente para desconsiderar

¹⁴⁷ SSTJ, 4ª, 23.03.2010 (REsp 846331 / RS; MP: Luis Felipe Salomão).

la personalidad societaria en consonancia con el art. 50 del CC. Frente a ello, el STJ dijo que en la presente hipótesis los motivos de la medida excepcional fueron la aparente insolvencia de la Farmatic Ltda, sumado al hecho de que ya no ejercía las actividades en la dirección de su residencia. Con todo, no ha sido demostrado cualquier indicio de confusión patrimonial y tampoco desvío de finalidad, por lo que no merece prosperar la decisión de levantar el velo¹⁴⁸.

Disolución irregular de la sociedad. Sentencia en el Recurso Especial 876974/SP, de 09 de agosto de 2007. La sociedad Dersa Desenvolvimento Rodoviário S/A enjuició una acción de indemnización en reclamación de daños provenientes de un accidente de vehículo contra la empresa Transportadora Pezinho Ltda. Tras la sentencia judicial y su conversión en título judicial se inició el proceso ejecutivo en el que Dersa Desenvolvimento Rodoviário S/A informó al Juzgado de Primera Instancia sobre la falta de bienes de la empresa ejecutada para garantizar la deuda, habiendo ésta posiblemente finalizado sus actividades. De esta forma, se solicitó el levantamiento del velo corporativo con la finalidad de que la ejecución pudiera avanzar sobre los bienes de los socios. Tal pleito fue negado por la 12ª sala de la Hacienda Pública del Estado de São Paulo, una vez que no quedó comprobado el desvío de finalidad, la confusión patrimonial de la sociedad formalmente existente sumada al hecho de que no hay indicios de que los socios dejaron de integrar el capital social. Se interpuso embargos de declaración y recurso de agravio de instrumento (AI) que fueron negados por el Tribunal ordinario, lo que culminó en la presentación de recurso especial en el que se alegó ofensa a los arts. 50, 1.023, 1.024, 1.036 del CC y arts. 126, 535, 592 y 596 del CPC. La cuestión reside en saber: a) si la disolución irregular de una empresa es suficiente para autorizar la desconsideración de la personalidad jurídica; b) si la falta de patrimonio de la empresa para responder por sus deudas viabiliza la ejecución de los bienes de los socios de ésta. Así, el STJ juzgó que la insuficiencia patrimonial no basta para decretar la medida de desconsideración, salvo en aquellas hipótesis de mala administración; y no reconoció que la situación de paralización de las actividades y operaciones de la empresa sea un claro indicativo de un supuesto fraude o mala fe en la conducción de los negocios. En definitiva, tomando en consideración la clara inexistencia de cualquier abuso de la personalidad jurídica de la empresa en el presente caso, el STJ desestimó la medida de desconsideración decretada¹⁴⁹.

Disolución irregular. Sentencia en el Recurso Especial 140564/SP, 21 de octubre de 2004. Benedicto Ferri de Barros ofreció embargos de tercero contra Rogério Batagliesi y Hélio M. de Carvalho con el objetivo de lograr obtener la declaración de nulidad del refuerzo de arresto realizado en el ámbito de la acción ejecutiva por título judicial que, a su vez, fue promovida contra BFGA - Desenvolvimento Imobiliário S/A y Benedicto Ferri de Barros & Associados - Empreendimentos e Participações S/C Ltda. Se alegó que la retención de sus vehículos automotores es totalmente infundada, una vez que él no es el responsable por las obligaciones asumidas por las empresas ejecutadas, las cuales tienen una personalidad jurídica distinta. El Juzgado de Primera Instancia rechazó los embargos bajo la explicación de que existe una presunción *juris tantum* de que el actor y los demás socios cerraron las actividades de las referidas empresas de forma irregular, pues no se consiguió localizar el establecimiento comercial y tampoco sus bienes. El Tribunal del Estado

¹⁴⁸ SSTJ, 3ª, 10.11.2009 (REsp 970635 / SP; MP: Nancy Andrighi).

¹⁴⁹ SSTJ, 3ª, 09.08.2007 (REsp 876974 / SP; MP: Nancy Andrighi).

de São Paulo negó por unanimidad el recurso de apelación interpuesto por el embargante y, de igual modo, los recursos adhesivos de los embargados. Desestimados los embargos de declaración, el embargante interpuso recurso especial en el que indica violación a los arts. 20 y 896 del CC; art. 9 del Decreto 3.708/19 y arts. 334 y 568 del CPC. Se sostuvo básicamente que no hubo la paralización de las actividades de la empresa ejecutada en razón de una mala gestión con el fin de defraudar la ley o infringir los estatutos sociales, por cuanto es inadmisibles el arresto de los bienes del recurrente. El STJ afirmó que la disolución de las sociedades se operó de modo irregular y aunque Benedicto Ferri de Barros no figure en el título ejecutivo, él deberá responder por las deudas sociales en virtud de que las sociedades, de las que era socio mayoritario, se disolvieron irregularmente sin liquidar las obligaciones y sin dejar bienes que garantizaran los derechos de sus acreedores. De esta forma, se procede a la constricción de los bienes particulares del socio; y, por otro lado, admisible el refuerzo del arresto sobre tales bienes. El STJ, entonces, concluye que no hay cualquier ofensa a la legislación federal y que la hipótesis del proceso retrata lo que la doctrina comúnmente denomina desconsideración de la personalidad jurídica¹⁵⁰.

Disolución irregular de la sociedad. Sentencia en el Recurso Especial 460979/RS, 19 de noviembre de 2002. Se trata de ejecución de sentencia oriunda de una acción de cobro formulada por la Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos contra Comander Mercantil Ltda. Ante la información de que la empresa se había disuelto de forma irregular, se requirió la aplicación de la desconsideración de la personalidad jurídica para incluir los socios como partes del juicio ejecutivo. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia rechazó tal solicitud, lo que culminó en la interposición de recurso de agravo de instrumento ante el Tribunal Regional Federal de la 4ª Región (TRF). Éste, a su vez, rechazó el agravo bajo el argumento de que la mera información de que la empresa cerró sin dejar bienes para responder por las deudas sociales no se muestra suficiente como para caracterizar la existencia de fraude o abuso de derecho. Interpuesto recurso especial, la Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos sostuvo la violación al art. 338 del CCom, por cuanto disuelta irregularmente la sociedad ejecutada debe ser aplicada la desconsideración de la persona jurídica en el sentido de responsabilizar personalmente los socios. El STJ dijo que no existe prueba suficiente acerca de los hechos que autorice la desconsideración de la personalidad societaria, por lo que la medida no debe ser aplicada¹⁵¹.

Fraude a la ejecución. Sentencia en el Recurso Especial 325977/MG, 13 de diciembre de 2001. Interpuesto recurso especial por Sotrec S.A contra decisión proferida por el Tribunal del Estado de Minas Gerais:

“Embargos de tercero – Arresto – Bien transferido con bastante antelación – No configuración de fraude. Si, no obstante, hubiera ejecución anterior, pero el arresto está siendo realizado para garantizar la ejecución posterior a la transferencia del bien; en cuanto a la configuración del fraude se hace necesario una nueva comprobación.”

De esta forma, en el recurso especial se alega infracción a los arts. 353, II y II del CPC y art. 5, LV, de la Constitución Federal, teniendo en cuenta que el Tribunal de segunda instancia no apreció

¹⁵⁰ SSTJ, 4ª, 21.10.2004 (REsp 140564 / SP; MP: Barros Monteiro).

¹⁵¹ SSTJ, 4ª, 19.11.2002 (REsp 460979 / RS; MP: Ruy Rosado De Aguiar).

todas las materias suscitadas por la Recurrente, mismo con la oposición de los embargos de declaración, lo que afronta los principios del contradictorio y de la amplia defensa. Además, sostiene la contrariedad de los art. 165 y 458 del CPC, una vez que la decisión del Tribunal no agota la prestación jurisdiccional, puesto que no se pronunció sobre los fundamentos del recurso de Apelación presentado con la consecuente resolución de las cuestiones sometidas a juicio. Aduce, por otro lado, la negativa de vigencia de los arts. 131 y 289 del CPC, teniendo en consideración que no fueron analizadas las pruebas incorporadas al proceso, así como las peticiones sucesivas formuladas en el recurso de apelación; y concluye con la posibilidad de aplicar la desconsideración de la personalidad jurídica contra la empresa ejecutada, puesto que los socios se aprovecharon de la persona jurídica para lesionar los intereses de los acreedores en contraposición a lo que determina el contrato social y la ley. En base a otros precedentes, el STJ insiste en que la pretensión de la Recurrente para la aplicación de aquella medida excepcional depende de la prueba de fraude, por cuanto es imposible concebirla en estas circunstancias¹⁵².

Disolución irregular de la sociedad. Sentencia en el Recurso Especial 256292/MG, 15 de agosto de 2000. Mangels-Indústria e Comércio Ltda interpusieron un recurso de agravio de instrumento ante el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais contra decisión del Juzgado de Primera Instancia que, en la acción de ejecución promovida contra Regas Ltda, negó la petición de arresto de los bienes del socio de la empresa bajo el fundamento de que no existe solidaridad del socio con la persona jurídica; más allá de que la deuda no deriva de exceso de mandato ni tampoco de crimen para que se autorice la aplicación de la desconsideración de la personalidad jurídica. El Tribunal de segunda instancia reconoció la inadmisibilidad de la aplicación de tal teoría para que se efectuara el arresto sobre los bienes de los socios de la sociedad que paraliza sus actividades sin la debida baja en el Registro Mercantil, con presunción de mala gestión de los negocios sociales y en los casos de exceso de mandato, violación a ley o contrato tal como previsto en el art. 10 del Decreto 3.078/19. Rechazado el recurso de agravio y los embargos de declaración, Mangels-Indústria e Comércio Ltda interpuso recurso especial en el que alega la violación al art. 10 del Decreto n° 3.708/19 y sostiene esencialmente la posibilidad de la desconsideración de la personalidad jurídica de la sociedad por cuotas de responsabilidad limitada, en la hipótesis de infracción a la ley, a fin de alcanzar el patrimonio del socio gerente respecto al pago de la obligación social, teniendo en cuenta que la sociedad se encuentra en situación irregular ante la Hacienda Pública por la omisión en la declaración de impuesto de renta. El Tribunal ordinario inadmitió tal recurso por lo que se interpuso un agravio de instrumento. Por todo lo anteriormente dicho, el STJ declaró que no quedaron probados los presupuestos permisivos de la aplicación de la desconsideración¹⁵³.

b) Levantamiento del velo y responsabilidad civil

En ciertas ocasiones, se observa que la persona jurídica puede servir como un recurso para evitar una responsabilidad de naturaleza extracontractual, que emerge de determinados actos u omisiones, en los que intervienen los elementos de culpa o negligencia. Así, las sentencias de este

¹⁵²SSTJ, 3ª, 13.12.2001 (REsp 325977 / MG; MP: Carlos Alberto Menezes Direito).

¹⁵³SSTJ, 4ª, 15.08.200 (REsp 256292 / MG; MP: Ruy Rosado De Aguiar).

apartado recaen ante todo en un problema de responsabilidad civil, es decir, en un campo en el que realmente no es fácil suponer que la constitución de una persona jurídica, como un centro jurídico de intereses de quien la establece, responda a la tentación de eludir responsabilidades.

Responsabilidad extracontractual. Sentencia en el Recurso Especial 1169175/DF, de 17 de febrero de 2011. Andrei Ferreira de Barros entabló demanda contra la empresa Brasil Turismo Orla Ltda en reclamación de daños experimentados por un accidente provocado por la explosión de un gas dentro de las instalaciones del parque acuático *Bay Park – Water Park*. Ante la dificultad de la persona jurídica para satisfacer el valor ya determinado en sede judicial en razón de que la empresa intenta evadirse al pago del monto al realizar actos contrarios a la ley y al estatuto social, se aplicó el levantamiento del velo para responsabilizar el socio con sus bienes por la garantía de la deuda. El juez de la 2ª sala de lo civil de la ciudad de Gama / DF juzgó procedente la demanda y determinó el pago de R\$ 15.000,00 a títulos de daños. Interpuesto dos recursos de apelación, el Tribunal aumentó el valor de la indemnización y desestimó el recurso del reo en razón de la sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia. Sin embargo, ante la dificultad para la satisfacción del crédito, el actor requirió el levantamiento del velo de la persona jurídica que ha sido concedida tras haber comprobado que los socios (entre ellos Sebastião Alves Correia) practicaron actos contrarios a la ley y al estatuto social con la finalidad de defraudar el interés del acreedor. Interpuesto recurso especial por Sebastião Alves Correia, éste sostiene, que no cabe en el presente caso la desconsideración de la personalidad societaria con la autorización de la ejecución de los bienes de los socios, quedando o no la responsabilidad limitada al valor de sus respectivas cuotas sociales. La resolución del STJ hace alusión, en primer lugar, a la doctrina del levantamiento del velo corporativo, señalando que el mero peligro de fraude en perjuicio del acreedor autoriza la citada medida; y en segundo lugar que no hay cualquier restricción sobre que la ejecución contra los socios debe estar limitada a sus respectivas cuotas sociales¹⁵⁴.

c) Levantamiento del velo y títulos extrajudiciales

En un grupo distinto de casos, se encuentran aquellas obligaciones relacionadas con el pago de títulos extrajudiciales (o también denominados títulos valores) que pueden llevar a una posible utilización abusiva del concepto de persona jurídica. En ese sentido y tal como señala Ricardo de Ángel Yagüez, las reglas o directivas en torno a la emisión y circulación de los títulos valores se entrecruzan de una forma muy especial con los principios que inspiran el fenómeno del abuso de la personalidad jurídica e, igualmente, con la aplicación del *disregard of the legal entity*¹⁵⁵.

Título extrajudicial. Sentencia en el Recurso Especial 706242/SP, de 06 de diciembre de 2011. Se formuló una acción de ejecución de título extrajudicial contra ADB – Consultoría Empresarial Ltda basada en que ésta había incumplido un contrato de cesión de cuotas en el valor de R\$ 120.000, las cuales deberían ser pagadas en 12 cuotas mensuales y sucesivas. El juzgado de Primera Instancia acogió la petición del autor Regis de Albuquerque Guedes da Luz sobre la desconsideración de la personalidad jurídica de la empresa para que los socios Joaquim Ernesto Palhares, Volney Luiz

¹⁵⁴ SSTJ, 3ª, 17.02.2011 (REsp 1169175 / DF; MP: Massami Uyeda).

¹⁵⁵ (DE ÁNGEL YAGÜEZ, 2006, p. 703).

Denardi e Marcio Mello Casado respondieran con sus bienes personales en virtud de la inexistencia de bienes de la sociedad para solventar la deuda. A partir de una decisión judicial respecto a la exclusión de uno de los socios (Volney Luiz Denardi) y la acción ejecutiva en detrimento de los demás socios se interpuso recurso de agravio de instrumento ante el antiguo Tribunal de Alçada de São Paulo que mantuvo la sentencia de exclusión. De ese modo, la empresa ABD - Consultoria Empresarial Ltda - interpuso recurso especial ante el Superior Tribunal de Justicia bajo la alegación de expresa violación de los arts. 165 y 535, II, del Código de Proceso Civil, del art. 93, IX, de la Constitución Federal brasileña y del art. 50 del Código Civil, sosteniendo la ausencia de demostración de fraude o confusión patrimonial necesarias para justificar la desconsideración de la personalidad jurídica. El STJ, entonces, concluyó que no se había acreditado los requisitos de fraude o confusión patrimonial y que tanto el juez de primera instancia como el Tribunal ordinario no entraron a discutir tal cuestión, por lo que la medida de desconsideración de la personalidad jurídica contra la empresa no debe jamás prevalecer¹⁵⁶.

Título Extrajudicial. Sentencia en el Recurso Especial 1098712/RS, de 17 de junio de 2010. Formulada acción monitoria por Galvânica Beretta Ltda a favor de Knorr Construções Ltda por algunos cheques que no han sido pagados. Improcedentes los embargos del deudor, éstos se convirtieron en el mandado inicial en el proceso ejecutivo. Con todo, en el curso del juicio ejecutivo se solicitó el levantamiento del velo de la empresa para perseguir los bienes de los socios de la empresa, una vez que ella se encontraba inactiva y aparentemente sin patrimonio para garantizar la deuda. Rechazados los embargos de declaración se interpuso recurso especial en el que se alega la violación del art. 535 del Código de Proceso Civil y el art. 50 del Código Civil. Con todo, los magistrados del STJ entendieron que la Corte Estatal no adentró al análisis de los requisitos necesarios a la desconsideración de la personalidad jurídica, porque apenas afirmaron que la empresa se había disuelto de forma irregular. De tal modo, por no haberse reunido los requisitos objetivos de la medida (abuso de la personalidad jurídica), el STJ desestimó la referida medida¹⁵⁷.

Título Extrajudicial. Sentencia en el Recurso Especial 331478/RJ, de 24 de octubre de 2006. Se trata de acción ejecutiva por títulos extrajudiciales formulada por Comdip - Comercial Distribuidora de Peças Ltda contra Magnetom Comércio de Auto Peças E Acessórios Ltda, en el que se requirió la desconsideración de la personalidad jurídica de la segunda con el consecuente embargo sobre los bienes de los socios. La acusación es la de que la empresa se ha disuelto de manera irregular y la inexistencia de bienes suficientes para garantizar el pago de las deudas. El juzgado de Primera Instancia negó la petición de desconsideración, lo que culminó en la interposición de recurso de agravio de instrumento. Tras haber sido rechazado el referido agravio, Comdip - Comercial Distribuidora de Peças Ltda interpuso recurso especial bajo la alegación de que la decisión del Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro vulneró los arts. 592 e 596, § 1º, do CPC; 329, 330 e 338 del Código de Comercio (Ccom). Además, sostiene la Recurrente la existencia de los presupuestos legales para la aplicación del levantamiento del velo contra la empresa; la validez del arresto sobre los bienes particulares de los socios para pagar la deuda; las obligaciones de los socios solo acaban tras satisfechas e extintas todas las responsabilidades sociales; la disolución

¹⁵⁶ SSTJ, 4ª, 06.12.2011 (REsp 706242 / SP; MP: Raul Araújo).

¹⁵⁷ SSTJ, 4ª, 17.06.2010 (REsp 1098712 / RS; MP: Aldir Passarinho Junior).

irregular e ilegal de la sociedad. El STJ declaró no haber lugar para la aplicación de la desconsideración de la personalidad jurídica en la medida en que realmente no existen evidencias de abuso de derecho o fraude para perjudicar los intereses del acreedor¹⁵⁸.

Título Extrajudicial. Sentencia en el Recurso Especial 401081/TO, de 06 de abril de 2006. Gurumáquinas - Gurupi Máquinas Agrícolas Ltda enjuició acción ejecutiva por títulos extrajudiciales contra SOMAVA Ltda y André Bernardes da Silva. Tras frustrado el juicio ejecutivo, la actora requirió el arresto de los bienes del socio de la empresa ejecutada (Edgard Carlos da Silva) con la consecuente aplicación de la desconsideración de la personalidad jurídica. La petición fue negada por el Juzgado de Primera Instancia y Edgard Carlos da Silva opuso excepción de pre-ejecutividad para que se excluyera su nombre de la acción ejecutiva, una vez que la deuda había sido contraída por André Bernardes da Silva y Somava Ltda, la cual fue acogida por el juez de primera instancia. Gurumáquinas, a su vez, interpuso agravo de instrumento aduciendo que la empresa, aunque inactiva y sin bienes libres para solventar la deuda, sigue operando bajo el nombre del socio Edgard Carlos da Silva que utiliza abusiva y fraudulentamente la condición de autonomía de su personalidad y de su patrimonio para encubrir intereses y ventajas personales. El Tribunal de Tocantins juzgó procedente el AI y tras la presentación de los embargos de declaración, Somava Ltda interpuso recurso especial en el que alega ofensa al art. 20 del Código de Beviláqua, 17, 592, 652, 655 y 659 del CPC y art. 350 del CCom. Sostiene que, en un principio, los bienes de los socios no responden por las deudas de la sociedad comercial, lo que solo tiene lugar al reunirse los requisitos que no se encuentran presentes en el caso concreto (el elemento fraude y la mala administración). El STJ, por tanto, declaró no haber lugar para la desconsideración de la personalidad jurídica en razón de la ausencia de situación concreta prevista en ley que autorice tal medida excepcional¹⁵⁹.

d) Levantamiento y grupos de empresas, sociedades vinculadas o instrumentales

En este grupo, se recogen aquellos casos en los que se aplicó el levantamiento del velo a una empresa integrante de un grupo de empresas. Aún en esos casos, la mencionada teoría debe ser reconocida en situaciones excepcionales al verificarse que la sociedad deudora pertenece a un grupo de sociedades bajo el mismo control y con una estructura meramente formal para incurrir en una confusión de patrimonios, fraudes, abuso de derecho con perjuicios a los acreedores. En seguida, se expone las situaciones en las que la idea de grupo de empresa estuvo realmente presente, bien por tratarse de fenómenos mercedores de ese nombre, bien por ser conflictos en los que intervenían sociedades vinculadas a otras, dependiente de ellas o, incluso, instrumentales.

Grupo de empresas. Confusión patrimonial. Sentencia en el Recurso Especial 907915/SP, de 07 de junio de 2011. Los actores Indústrias Reunidas São Jorge S/A e Jorge Chammas interponen recurso de agravo de instrumento contra decisión del juez de la 9ª sala de lo civil del Estado de São Paulo que decretó el bloqueo de sus cuentas y activos financieros de aquéllos y de otras empresas, para la satisfacción de un crédito correspondiente a R\$ 1.411.110,13 bajo el fundamento de que todas

¹⁵⁸ SSTJ, 4ª, 24.10.2006 (REsp 331478 / RJ; MP: Jorge Scartezzini).

¹⁵⁹ SSTJ, 3ª, 06.04.2006 (REsp 401081 / TO; MP: Humberto Gomes de Barros).

ellas se confunden e integran el mismo conglomerado empresarial. La acción ejecutiva dice respeto al cobro de honorarios de abogado en razón de los trabajos realizados para diversas empresas pertenecientes al grupo São Jorge. La acusación se centra en la existencia de la práctica de fraude a la ejecución y confusión patrimonial entre socios y empresa deudora, lo que autorizó el levantamiento del velo ante las pruebas que indican la ocultación del patrimonio derivado del conglomerado de empresas. El agravo de instrumento ha sido negado por el Tribunal de Justicia de São Paulo y, ante esto, los actores interpusieron recurso especial en el que se alega ofensa a los arts. 535, 620, 655, 398, 592, 593, 472, 213, 225, inciso II, 471 e 473, del Código Civil de 2002. Ellos sostienen que no hubo fraude, y que además de ello no se agotaron los medios para la consecución del crédito exigido, por lo que no podía subsistir la medida de arresto de las cuentas bancarias de las empresas. El STJ, a su turno, declaró que la conducta tipificada en el art. 593 del CPC (fraude a la ejecución), por sí sola, autoriza la desconsideración de la personalidad jurídica; por lo demás hay indicios de confusión patrimonial entre los socios y empresa deudora o entre éstas y otros conglomerados, denotando una división societaria meramente formal entre las empresas conjugadas, por cuanto el arresto de los activos financieros es el único medio para la satisfacción del crédito ante la ocultación de patrimonio derivado de un grupo de empresas¹⁶⁰.

Grupo de empresas. Escisión. Fraude. Sentencia en el Recurso Especial 1200850/SP, de 04 de noviembre de 2010. Se trata de acción de reclamación de daños promovida por Maria Lúcia Freitas Barbosa contra Ensatur - Empresa Nossa Senhora Aparecida de Turismo - cuya decisión condenatoria dio inicio a la fase de ejecución de la sentencia. Tras haber sido intimada para pagar la deuda, la empresa ofreció un terreno y un edificio como garantía de la deuda, los cuales fueron rechazados por la actora. Paralelo a ello, las informaciones del oficial de justicia de que la empresa ya no pertenecía a Jesus Adib Abi Chedid y Marilis Reginato Abi Chedid hizo que la demandante solicitara ante el Juzgado de Primera Instancia el arresto de sus bienes de aquellos cuya solicitud fue deferida. Por otro lado, los socios enjuiciaron embargos de terceros en sentido de desconsiderar la medida restrictiva sobre sus patrimonios, habiendo sido admitida por el juez. Más adelante, Maria L.F. Barbosa argumenta que la escisión de la sociedad ejecutada, que se hallaba en un estado de insolvencia, ocurrió de manera fraudulenta por cuanto postuló la declaración de fraude a la ejecución, así como la aplicación del levantamiento del velo de modo que la ejecución recayera sobre los bienes de los socios. El juez de la 4ª sala de lo civil de la ciudad de Campinas (Estado de São Paulo) aceptó la petición de desconsideración, culminado en la interposición de agravo de instrumento ante el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo que reconoció la fraude a la ejecución como para ordenar la inexistencia momentánea de la personalidad jurídica de la empresa ejecutada y las empresas derivadas de la escisión de aquélla, y además tornando ineficaces todos los actos de transmisión de los inmuebles de la referida sociedad. De ahí que, Jesus Adib Abi Chedid y Marilis Reginato Abi Chedid buscaron reformar el fallo del Tribunal ordinario mediante la interposición de recurso especial, alegando que la escisión no extinguió y tampoco despatrimonializó la Ensatur que siguió existiendo con bienes suficientes para la satisfacción de la ejecución; y que no existe cualquier acto de abuso de la personalidad jurídica, caracterizado por el desvío de finalidad o confusión patrimonial, pero si la alteración en el cuadro societario dentro de los límites permitidos por la ley. El STJ entendió que

¹⁶⁰ SSTJ, 4ª, 07.06.2011 (REsp 907915/SP; MP: Luis Felipe Salomão).

las alteraciones en el régimen societario y el consecuente vaciamiento de los bienes de la ENSATUR, los cuales fueron transferidos a otras sociedades, realmente confirma el acto intencional de los socios en defraudar terceros a través del uso abusivo del ente colectivo¹⁶¹.

Sociedad Controlada. Fraude. Sentencia en el Recurso Especial 1141447/SP, de 08 de febrero de 2011. Interpuesto recurso especial por parte de Ino Serviços Especializados de Telecomunicações Ltda contra decisión del Tribunal del Estado de São Paulo que determinó la desconsideración de la personalidad jurídica de ésta respecto a la ejecución de un título judicial en una acción de prestación de cuentas promovida por Ondafone Sistemas de Comunicação S/C Ltda. El Recurrente aduce, entre otras cosas, que no se puede desconsiderar la personalidad jurídica sólo en base a la inexistencia de bienes susceptibles para responder por la deuda, porque es necesario que se verifique el abuso de la personalidad con el propósito de frustrar la acción ejecutiva conforme el art. 50 del CC¹⁶². El STJ mantuvo la sentencia del Tribunal de São Paulo, pues también estaba caracterizado el fraude en razón de que los bienes de la empresa ejecutada se encontraban, en realidad, bajo el poder de la socia controladora y gerente Motorola, lo que evidenciaba la clara intención maliciosa de usar la personalidad jurídica para esquivar las obligaciones comerciales¹⁶³.

Empresa del mismo grupo económico. Sentencia en el Recurso Especial 1071643/DF, de 02 de abril de 2009. Acción de ejecución propuesta por Esperança Joaquina de Oliveira Dias contra Refrigerantes Imperial S/A, donde se le aplicó el levantamiento del velo en virtud de la inexistencia de fondos bancarios lo que indica una burla en el sentido de intentar mascarar un falso movimiento financiero para no liquidar sus deudas, demostrando el abuso de la personalidad jurídica de la ejecutada. Conforme el juzgado de Primera Instancia, las pruebas producidas en el proceso confirman que la Indústria e Comércio de Bebidas Imperial pertenece al mismo grupo económico de la ejecutada y, tal como se ve, éstas constituyen empresas de un solo grupo económico que poseen la misma dirección, negocios y venta de los mismos productos; además, se percibe que una de las empresas está transfiriendo su patrimonio a otras empresas del mismo conglomerado a modo de frustrar los intereses de los acreedores, lo que presume el ejercicio abusivo de derecho. Contra la decisión de primera instancia que decretó la desconsideración fue interpuesto recurso de agravio de instrumento ante el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios que lo denegó. Tras rechazados los embargos de declaración se interpuso recurso especial en el que se alega violación a los arts. 535 y 472 del CPC, art. 2 de la CLT y arts. 265 y 50 del CC. El STJ afirma que a la luz de las pruebas generadas y exhaustivamente apreciadas por el Tribunal ordinario se llega a la conclusión de que hubo confusión patrimonial, pues el grupo se presenta ante terceros como una única unidad, donde varias empresas producen y comercializan productos como si fuera una sola, por lo que se puede desconsiderar una empresa perteneciente a mismo un grupo cuando sea evidente que su estructura es aparentemente formal con el fin de evitar el fraude a la ley o contra acreedores¹⁶⁴.

¹⁶¹SSTJ, 3ª, 04.11.2010 (REsp 1200850 / SP; MP: Massami Uyeda).

¹⁶²Para un estudio sobre los grupos de sociedades en el derecho mercantil brasileño, véase la obra del autor Jorge LOBO (1997), "Direito dos Grupos de Sociedades", *Revista de Direito Mercantil*, v. 107, Malheiros, São Paulo.

¹⁶³SSTJ, 3ª, 08.02.2011 (REsp 1141447 / SP; MP: Sidnei Beneti).

¹⁶⁴SSTJ, 4ª, 02.04.2009 (REsp 1071643 / DF; MP: Luis Felipe Salomão).

Grupo de sociedades. Sentencia en el Recurso Especial 968564/RS, de 18 de diciembre de 2008. Calçados Rio Verde Ltda es acreedor de la empresa Refratários Riograndense Ltda en consecuencia de valores locatarios lo que dio lugar al proceso de ejecución. En razón de la inexistencia de bienes de la empresa ejecutada para garantizar el pago de la deuda, se requirió el arresto al patrimonio de Weco S/A Indústria de Equipamento Termo Mecânico (socia mayoritaria de la deudora), habiendo sido deferido por el Juzgado de Primera Instancia bajo el argumento de que la Refratarios Ltda había suspendido sus actividades de forma irregular, lo que implicaría en la incidencia del instituto de la desconsideración de la personalidad jurídica. Inconformado con el arresto de bienes, la Weco S/A enjuició embargos de tercero al juicio ejecutivo, los cuales han sido rechazados por el juez de primera instancia que determinó la continuación de la ejecución y el mantenimiento de la medida de arresto. Interpuesto recurso de apelación, el Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul desestimó la medida de la desconsideración para desconocer el arresto sobre los bienes de la empresa. Tras la presentación de los embargos infringentes, la Calçados Rio Verde Ltda interpuso recurso especial en el que se alega, básicamente, ofensa al art. 5 de la Constitución Federal, arts. 130,333, II y 458, II, 515, 518, 592, II, 596 del CPC y art. 50 del CC, una vez que las pruebas producidas en el proceso demuestran la posibilidad de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. El STJ, a su turno, determinó que no quedó demostrada la mala administración o la práctica de acto fraudulenta por la empresa ejecutada para que se aplique el instituto anglosajón del *disregard*¹⁶⁵.

Grupo de empresa. Sentencia en el Recurso Especial REsp 744107/SP, de 20 de mayo de 2008. La empresa São Paulo Transportes S/A (SPTRANS) enjuició una acción cautelar de arresto de bienes basada en el incumplimiento de un contrato de prestación de servicio público (régimen de concesión) de transporte contra la sociedad Transportes Urbanos Cidade Tiradentes Ltda, Leonardo Lassi Capuano, João Tarcísio Borges, João Batista de Carvalho, Trolebus Cidade Tiradentes Ltda e Samy Gelman Jaroviskipor; y incidentalmente la solicitud de desconsideración de la personalidad jurídica societaria. A pesar del Juzgado de Primera Instancia haber deferido la petición del actor, no fueron encontrados bienes de la Transportes Urbanos Cidade Tiradentes Ltda para garantizar la deuda exigida. De tal manera, la SPTRANS requirió la extensión de la medida de arresto al grupo económico (Constantino) de lo cual haría parte la deudora que era comandado por las sociedades Áurea Administração E Participações Ltda e Constante Administração E Participações Ltda. Tras la aplicación de la desconsideración de la personalidad jurídica, se interpuso agravo de instrumento y posteriormente recurso especial. De esta forma, el STJ constata que la Tiradentes Ltda es una empresa sometida al poder directivo de la empresa Aurea que encabeza el Grupo Constantino, por lo que se imputó al grupo controlador la responsabilidad por la deuda. Sin embargo, el Alto Tribunal de Justicia pone de manifiesto que tanto la decisión del juez como del Tribunal ordinario no hicieron mención a la ocurrencia de abuso de derecho o fraude (desvío de finalidad o confusión patrimonial) en atención al art 50 del CC. En definitiva, el Superior Tribunal de Justicia desestima la desconsideración de la personalidad jurídica, al mismo tiempo en que resguarda el derecho de la empresa recurrida, si comprobadas las condiciones del art. 50, de obtener otra medida en defensa de su crédito¹⁶⁶.

¹⁶⁵ SSTJ, 5ª, 18.12.2008 (REsp 968564 / RS; MP: Arnaldo Esteves Lima).

¹⁶⁶ SSTJ, 4ª, 20.05.2008 (REsp 744107 / SP; MP: Fernando Gonçalves).

Grupo de empresas. Sentencia en el Recurso Especial 476713/DF, 20 de marzo de 2003. Se trata de acción ejecutiva promovida por el Banco Boa Vista S/A contra la Distribuidora de Carne Centro Oeste Ltda en que ocurrió el arresto sobre sus bienes. Ésta opuso embargos de tercero por lo que afirma que no es parte en el juicio ejecutivo, ni avalista, fiadora, sucesora de la empresa ejecutada. Tras haber sido negado los embargos, la Carnes Ltda interpuso apelación ante el Tribunal del Distrito Federal y Territorios, el cual fue rechazado. Interpuesto recurso especial en el se sostiene que: la Recurrente no es sucesora de la ejecutada; no existe comprobación en el proceso del estado de insolvencia de la deudora; no ocurrió cualquier transferencia o enajenamiento de bienes por parte de la deudora; en suma, no hubo fraude a la ejecución con el fin de perjudicar los acreedores. Para comprender la controversia, es necesario examinar los fundamentos de hechos:

“Los ejecutados - Distribuidora de Carne Centro Oeste Ltda e Paulo César Borges dos Santos, representante legal de aquélla, los cuales ha sido citados el 28 de febrero de 1996. Posteriormente a la fecha de la citación, en 23.03.1996, la panadería Pão de Queijo Ltda, cuya propietaria es la esposa del segundo ejecutado, tuvo su contrato social alterado para constituir la empresa La Carne que residía en la misma dirección de la primera ejecutada (pero en otra localidad) que desarrollaba las mismas actividades comerciales de ésta. Bajo el riesgo de que los bienes de la esposa del ejecutado fueron arrestados cuando fuera citada sobre lo de la alteración contractual, la empresa La Carne fue transferida para la madre del ejecutado y sus cuñadas.”

Por lo anteriormente expuesto, la cuestión se centra en decidir si las alteraciones contractuales de las personas jurídicas en el presente caso enjuiciado caracterizan la ocurrencia de fraude como para imponer la medida de levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Como se observa, una tercera empresa tuvo su contrato social alterado para constituir la empresa La Carne Comércio e Representação de Gêneros Alimentícios Ltda que pasó a ocupar la dirección de la deudora y desempeñar sus actividades comerciales. La deudora, a su turno, fue transferida para otra localidad. El Tribunal de segunda instancia decidió que las alteraciones contractuales realizadas impiden el juicio ejecutivo, caracterizando el presupuesto de fraude; y además no hay noticia de la existencia de bienes de la deudora para fines de garantizar el monto debido. Ante todo esto, el STJ entiende que la desconsideración de la personalidad jurídica debe ser aplicada cuando determinados actos practicados por la persona jurídica importen en fraude a los intereses de los acreedores, lo que se comprueba en el proceso mediante la constitución de una nueva empresa y la consecuente transferencia de cuotas en miras de alterar el cuerpo societario¹⁶⁷.

¹⁶⁷ SSTJ, 4ª, 20.03.2003 (REsp 476713 / DF; MP: Sálvio De Figueiredo Teixeira).

4. La doctrina del levantamiento del velo en España

Una vez analizado el desarrollo de la doctrina del levantamiento del velo en el escenario jurídico brasileño, donde ha sido valorada como un significativo mecanismo para remediar los problemas teóricos originados del rigor conceptual del instituto de la persona jurídica, se procede al examen sobre en qué momento la referida doctrina se incorporó al derecho privado español y la forma como ha sido aplicada por el máximo órgano del Poder Judicial: el Tribunal Supremo de España.

4.1. Antecedentes históricos: la doctrina de terceros

Desde hace mucho tiempo, precisamente en la primera mitad del siglo XX, la doctrina española ya venía apreciando una progresiva degeneración sobre el concepto de persona jurídica, en consecuencia del uso excesivamente formalista de la misma. Frente a ello, la solución que se ha ido adoptando en la jurisprudencia para resolver los abusos referentes al instituto de la personalidad jurídica residió en la limitación, en determinadas situaciones y respecto a terceros, de los efectos provenientes de dicha personalidad tanto en el ámbito civil como mercantil.

“La jurisprudencia española, al igual que ha sucedido en otros países, también ha admitido la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Sin embargo, esta admisión ha sido bastante reciente, ya que, inicialmente, el Tribunal Supremo no mantuvo expresamente la doctrina del levantamiento del velo, sino lo que se calificó como doctrina de terceros.”¹⁶⁸

Así, en un primer momento no se acogió en el ámbito de la jurisprudencia del egregio Tribunal Supremo la terminología levantamiento del velo como para designar la técnica de interpretación judicial dirigida a combatir el uso desviado y abusivo de la persona jurídica, sino que calificó esa figura con el nombre de doctrina de terceros. Esta doctrina partía del planteamiento de cuestionar en ciertos casos si la sociedad como tal, podía ser considerada o no como un tercero respecto de actos, derechos o situaciones en que tal calificativo debiera, en principio, aplicarse a los socios.

Lo cierto es que la denominada doctrina de terceros consiste en un método que ha sido, durante muchos años, empleado en la praxis judicial española para resolver las situaciones de abuso de la personalidad societaria. De ese modo, ella reúne los criterios normativos que en el derecho alemán se conoce por *Durchgriff der Juristischen Person* y que en la tradición anglosajona se resume en el *disregard of the legal entity*; en tanto que puede ser equiparada a aquellas figuras ya formuladas en el derecho continental, una vez que permite llegar a resultados muy semejantes.

Para ilustrar mejor, una de las primeras resoluciones en las que se manifiesta la doctrina de terceros es la emblemática sentencia de 7 de junio de 1927. En aquel caso, el Tribunal Supremo de España negó la condición de tercero a una sociedad de responsabilidad limitada formada por familiares cuyo objetivo era el de incumplir una obligación de pago derivado de una decisión judicial (título judicial). La referida sociedad familiar se había constituido pocos días después de haber sido desestimado el recurso de casación interpuesto con el laudo. La Corte Suprema dijo:

¹⁶⁸(BOLDÓ RODA, 2006, p. 175).

“... que no puede intentar la formación de una sociedad para crear una figura de tercero y ampararse en las inmunidades de la ley, quien no puede alegar la ignorancia acerca de los motivos y fundamentos del acto que pretende desconocer. Que los acreedores particulares de cada uno de los socios tienen el derecho a pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social, por lo que la sociedad no se halla en relación a los bienes aportados por aquél y embargados por un acreedor en el concepto de tercero.”

Esa línea jurisprudencial de la doctrina de terceros ha sido mantenida por el Tribunal Supremo en muchas otras resoluciones posteriores, como por ejemplo en la sentencia de 8 de octubre de 1929. Aquí, se está ante un caso en el que el Tribunal negó la condición de tercero a una determinada sociedad mercantil, en razón de la existencia de un contrato societario simulado y contrario a uno de los principios fundamentales que rigen las relaciones entre particulares: el principio de la buena fe. La máxima Corte de Justicia del país declaró en aquella ocasión que¹⁶⁹:

“... no está demostrado la existencia en esta litis de la sociedad C.M.C. y compañía, como persona distinta de lo ejecutado, por estimar que es un contrato simulado el de constitución en sociedad y que falta, por ello, la distinción jurídico procesal entre ambas partes contendientes, distinción que ha sido negada por la Abogacía del Estado; por dicha razón, es obvio, que la entidad actora no es tercera a los efectos del procedimiento, y, en consecuencia carece de la acción que ejercita, y falta también la buena fe exigida por el artículo 464 del Código Civil para que exista a favor de dicha sociedad actora el dominio que pretende ostentar y que sirve de base a su demanda.”

Otro ejemplo de la doctrina es la sentencia de 12 de diciembre de 1950. Los hechos cuentan que la sociedad limitada formada por Julián A. y cuatro hermanos se adjudicó un inmueble hipotecado a favor de ellos mismos. Tras la liquidación de la sociedad, el inmueble fue subsiguientemente adjudicado a uno de los mismos socios (Doña Vicenta A.M.). El Alto Tribunal negó la condición de tercero de buena fe al socio adjudicatario tras la disolución de la sociedad, teniendo en cuenta que él debería conocer todas las irregularidades procedimentales, realizando un llamamiento a la ética y considerando comunicable la mala fe entre la sociedad adjudicataria y sus socios¹⁷⁰.

Un caso similar a lo anterior fue resuelto por la sentencia de 26 de enero de 1952, la cual es considerada un auténtico precedente de la futura doctrina del levantamiento del velo en aquellas situaciones relacionadas con el caso de disfrute de bienes. El Tribunal Supremo aplica la doctrina del levantamiento del velo, aunque sin mencionarla, para conocer la real identidad de intereses de los dos socios de una determinada persona jurídica. El TS destaca, por primera vez, la necesidad de impedir la realización de toda manifestación de fraude contra acreedores, figura que se convertirá en uno de los principales fundamentos de la futura aplicación de tal doctrina¹⁷¹.

¹⁶⁹Al que todo indica, las sentencias de 7 de junio de 1927 y de 8 de octubre de 1929 no se encuentran informatizadas, una vez que no consta ningún registro de las mismas en la famosa base de datos de *Aranzadi Westlaw*. Además, es del todo importante informar que el examen de las resoluciones en el presente trabajo se basa, más que todo, en las lecciones de Carmen BOLDÓ RODA (2006) y José HURTADO COBLES (2008).

¹⁷⁰STS, 1ª, 12.12.1950 (RJA 1838; MP: Mariano Miguel y Rodríguez). Los hechos narran que el demandante pretendía la nulidad de actuaciones en la adjudicación de una finca rematada en el procedimiento sumario hipotecario a la sociedad ejecutante Julián, A. y Hermanos S.L., así como la de la inscripción registral causada y la del dominio de uno de los socios a quien, al disolverse la sociedad, se había adjudicado la misma.

¹⁷¹STS, 1ª, 26.01.1952 (RJA 473; MP: Juan de Hinojosa Ferrer). Los fundamentos de hecho son los siguientes: el demandante, (arrendatario) de un local de negocio que había sido desalojado del mismo para proceder al derribo

Otro exponente de la doctrina de terceros se refleja en la sentencia de 22 de junio de 1956. El Tribunal Supremo desestimó recurso de casación bajo el fundamento de que la sociedad no tiene carácter de tercero en lo relativo a las obligaciones contraídas por los socios y ante comuneros. En la resolución de este caso, en ningún momento se declaró la nulidad de la sociedad comercial, pero se admitió que la misma no puede ser concebida como un tercero, tomando en consideración que al constituirse se dio forma y estado jurídico a lo que antes existía. En otros términos, el conjunto de individuos que conforman la persona jurídica no puede servirse de su condición para llevar a cabo fines que el derecho y la propia moral desapruueban. La 1ª Sala dijo:

“... porque no sólo es censurable el movimiento de aportación, como dice el recurrente, sino que lo es también la constitución de la sociedad por los propios y únicos aportantes sin intervención de personas extrañas, pues en ello lo que influye es el propósito de crear ese tercero, con pretendida irresponsabilidad para eludir obligaciones válidamente contraídas anteriormente por los socios sobre los mismos bienes aportados que, de aceptarse así derrumbaría la seguridad de la contratación por el sencillo artificio de constituir una razón social con aportación de bienes que los propios aportantes de manera voluntaria y libre habrían comprometido en el cumplimiento de obligaciones que contrajeron, y que ocultaban al constituir la sociedad, lo que pugna con los más elementales principios de la Moral y del Derecho; por todo lo cual procede asimismo la desestimación de este motivo.”¹⁷²

Más adelante, la sentencia de fecha de 5 de mayo de 1958 contempla un caso sobre grupo de sociedades donde la Sociedad Anónima A. Conrad y Compañía fue formada con el propósito de absorber a la comanditaria del mismo nombre sin su previa disolución o liquidación y tampoco sin acuerdo social destinado al proceso de absorción. El Tribunal Supremo, a su vez, realiza una valoración de la causa en la constitución de la sociedad, concluyendo por la ilicitud de la misma al recurrir al empleo de los principios generales del derecho en materia de derecho mercantil¹⁷³.

En la sentencia de 30 de abril de 1959, se extiende la responsabilidad patrimonial derivada de un accidente de circulación (responsabilidad extracontractual) a dos empresas distintas a pesar de ser personas jurídicas independientes. La referida sentencia es considerada, sin duda alguna, como un importante antecedente de las que serán resueltas por medio del levantamiento del velo en lo concerniente a la materia de responsabilidad extracontractual. Interpuesto el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cuerpo de magistrados declaró su procedencia como para aplicar el principio de la unidad patrimonial a dos empresas por ser ambas una sola entidad¹⁷⁴.

del inmueble y nueva edificación, solicitó su derecho de retorno al que se opusieron los dos hermanos copropietarios arrendatarios alegando que había sido aportado a una sociedad regular que habían creado.

¹⁷²STS, 1ª, 22.06.1956 (RJ 1956; MP: Obdulio Siboni Cuenca).

¹⁷³STS, 1ª, 05.05.1958 (RJA 1716; MP: Francisco Rodríguez Valcárcel). Los hechos del proceso pueden ser relatados de la siguiente manera: la demanda pretendía que se declarara que el socio colectivo y gestor de una sociedad mercantil en comandita A. Conrad y Compañía, había incurrido en negligencia en la gestión por haber aplicado bienes de la referida empresa para realizar negocios particulares, constituyendo una sociedad anónima de carácter familiar (A. Conrad y Compañía S.A) con el objetivo de suceder a la anterior en el negocio y apropiarse de éste en su beneficio en agravio a los socios remanecientes de la sociedad comanditaria.

¹⁷⁴STS, 1ª, 30.04.1959 (RJA 1981; MP: Pablo Muga Castro). Se formuló una demanda en reclamación de indemnización por daños y perjuicios originados en razón de un accidente de circulación sufrido al viajar en autobús de la empresa (El Noroeste) el cual, a su turno, había sustituido, por avería, a otro de la compañía (El Oriente) siendo ambas compañías de propiedad de dos personas completamente distintas pero concesionarios en coparticipación del servicio regular de transporte de viajeros de la línea en la que se produjo el accidente.

Asimismo, se encuentra la sentencia de 26 de octubre de 1961 en la que la Sociedad Laguna S.A enjuició una demanda de tercería de dominio sobre los bienes que habían sido embargados en base a deudas personales de uno de sus socios, que previamente los había aportado a la sociedad. El Tribunal Supremo español, entonces, entendió a la sociedad demandada como una verdadera continuadora o sucesora de la personalidad jurídica del socio demandante, negándole así en una acción de tercería de dominio en relación a los bienes aportados a aquélla por el socio¹⁷⁵.

Nueve años después, la de 21 de febrero de 1969 abordó la aplicación de la doctrina de terceros. Es oportuno señalar que el tema discutido en sede de esa resolución es semejante al contemplado en la sentencia de 22 de junio de 1956 en la que se obliga a la sociedad a cumplir un contrato de opción sin inscribir, que había sido otorgado por los socios sobre una finca que, siendo propia de ellos al conceder la acción, habían éstos aportado en la constitución de la sociedad. Entre los razonamientos del Tribunal Supremo para poner fin a la controversia se destaca lo siguiente:

“... en ello (en la circunstancia de que ICASA tenía una personalidad jurídica distinta de los socios) no puede ampararse un fraude de ley para dejar de cumplir los contratos válidamente celebrados, máxime en una sociedad familiar y regida de hecho por el padre..., en la que su personalidad jurídica constituía una ficción legal..., por todo lo que no debe considerarse como un tercero frente al contrato litigioso.”¹⁷⁶

Por otra parte, la sentencia de fecha de 8 de enero de 1980 es considerada, por la gran mayoría de los juristas, como último exponente de la doctrina de terceros. Es, por lo tanto, sobre la base de esta sentencia que se va a formular algunos de los postulados básicos sobre la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, tal como ha sido pensada por el derecho alemán. Para decidir el caso, el Tribunal Supremo en vez de desvelarse la identidad de intereses presentes en los hechos, apreció una dualidad de intereses contrapuestos existentes entre la sociedad y los socios de ésta, anunciando un camino hacia un efectivo cambio en el derecho privado español:

“Que no bastaría, en el estado actual de la realización del Derecho, para rechazar el motivo, apelar a consideraciones de técnica jurídica en torno a la distinta y propia personalidad de los entes jurídicos y sentar en su consecuencia, puesto que son dos personas distintas la comunidad demandada y la sociedad anónima recurrente, que existen dos voluntades y pueden operar el concurso de las mismas para la perfección del contrato; y no bastaría porque es correctamente admisible la posibilidad de investigar el fondo real de la situación, sin detenerse a la forma jurídica de persona, para en atención a los individuos reales que la constituyen y a su posición, pronunciarse sobre los intereses en juego y su protección, de acuerdo con los principios que regulan la conducta contractual.”¹⁷⁷

¹⁷⁵STS, 1ª, 26.10. 1961 (RJA 3615; MP: Francisco Bonet Ramón).

¹⁷⁶STS, 1ª, 21.01.1969 (RJ 1969; MP: Manuel Taboada Roca). Acerca de los fundamentos fácticos D. Cipriano D.M concede un derecho de opción de compra. De ahí que, éste constituye junto con sus hijos una sociedad, Inmobiliaria Centro Aragonesa S.A. (ICASA), de la que se reserva la participación más importante, y aportan el inmueble sobre el que recaía la acción. Los titulares de dicho derecho enjuician una demanda contra Cipriano B.M. y la sociedad inmobiliaria ICASA sobre el incumplimiento de una obligación derivada de contrato.

¹⁷⁷STS, 1ª, 08.01.1980 (RJA 21; MP: Carlos de la Veja Benaya). Los hechos principales del caso examinado son los siguientes: se formuló demanda por la Comunidad de Propietarios del inmueble Hotel-Residencia Cantur en reclamación de cantidad oriunda de la liquidación de cuentas pendiente de un contrato de arrendamiento. La parte demandada (PROTUCASA) defendía la nulidad de contrato de arrendamiento sosteniendo la ausencia de un real proceso de oferta y aceptación de la misma, como forma de expresión del consentimiento contractual, en

A partir del análisis de los casos anteriormente expuestos, es posible observar que la doctrina de terceros alcanza prácticamente los mismos resultados del levantamiento del velo de la persona jurídica (*disregard of the legal entity*). Durante esta primera fase, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya valora el principio de la buena fe y la existencia de fraude en aras de lesionar los intereses de los acreedores. Con todo, solo en la década de 1980 se va a presenciar la introducción y formulación concreta de la doctrina del levantamiento del velo en su pura esencia histórica.

4.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 28.05.1984: el surgimiento de un instituto

La formulación e introducción definitiva de la doctrina del levantamiento del velo en España tiene su arranque con la resolución de la sentencia de fecha de 28 de mayo de 1984 por el Tribunal Supremo, en una materia sobre responsabilidad extracontractual. Se está, pues, ante una trascendental sentencia para el derecho de sociedades español en donde, por primera vez, no sólo se recogió en un fallo la expresión levantamiento del velo sino que se observó con claridad una producción doctrinal igualmente acompañada de una fundamentación jurídica consistente.

Debido a la enorme relevancia de la famosa STS de 28.05.1984 en la que se realizó una ponderación entre las formas externas de las personas jurídicas y la protección del tráfico jurídico con el fin de evitar perjuicios a terceros, es necesario averiguar los fundamentos fácticos del caso enjuiciado y los argumentos jurídicos manejados por el Tribunal Supremo para recoger el pronunciamiento sobre el levantamiento del velo. En seguida, se procede a un estudio sobre los principales presupuestos de la aplicación del levantamiento del velo que, a su vez, han sido seguidos por muchas otras resoluciones judiciales, principalmente en el ámbito del derecho civil.

a) El caso enjuiciado

La empresa demandante (UTO IBERICA S.A.) formula reclamación administrativa en el importe de 875.726 pesetas contra la EMAYA - Empresa Municipal de Aguas e Alcantarillados S.A. - y contra el Ayuntamiento de Palma de Mallorca en razón de daños y perjuicios ocurridos en los apartamentos de su propiedad con ocasión de inundaciones y humedades provocadas por unas averías en la red municipal de abastecimiento de agua situada en la provincia de Palma de Mallorca en el mes de junio de 1977. Debe señalarse que, en un primer momento, la demandante realizó una reclamación administrativa dirigida contra el Ayuntamiento el 17 de abril de 1978, así como intentó un acto de conciliación contra ambos demandados el 23 de febrero de 1979.

Tras haber sido sostenida por los demandados su falta de legitimación pasiva y después que se acumularon a los autos otros, seguidos a instancia de la misma demandante contra una tercera compañía - ESA - , el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda enjuiciada por la sociedad anónima UTO IBERICA. Tal decisión judicial fue parcialmente revocada por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca en sentencia de 14 de diciembre de 1981 que, admitiendo y reconociendo que EMAYA tenía una personalidad jurídica propia y

relación a que varios de los partícipes de la comunidad arrendadora eran socios e integrantes del Consejo de Administración de la otra contratante, es decir, de PROTUCASA.

completamente independiente de la del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, la condenó al pago de la indemnización solicitada, por lo que absolvió a los demás demandados de la acción judicial.

De este modo, la empresa Empresa Municipal de Aguas e Alcantarillados S.A. (EMAYA) formalizó recurso de casación en el que afirmó la expresa violación del artículo 1.973 del Código Civil español por entender que, al poseer una personalidad jurídica propia e independiente del Ayuntamiento, la reclamación administrativa realizada en fecha de 17 de abril de 1978 no podía ser alegada como causa interruptora del plazo de prescripción de un año frente a ella, ya que tiene una personalidad jurídica distinta de la del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, y que además no existía ninguna alusión a la existencia de una responsabilidad solidaria de ambos.

b) La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuyo ponente era Don Carlos de la Vega Benayas, no sólo desestimaron el recurso de casación interpuesto por la sociedad anónima EMAYA, sino que elaboraron la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica de una forma bastante expresiva y prudente, recurriendo a la más autorizada doctrina que, en ciertas ocasiones, había tratado acerca del conflicto entre seguridad jurídica y justicia. En la parte referente a los fundamentos jurídicos, el Alto Tribunal del país se basó en las siguientes razones:

“CONSIDERANDO que la Sala de instancia, sin perjuicio de reconocer y admitir que la Sociedad anónima contratante del servicio público de aguas (EMAYA, S. A.), como persona jurídica inscrita, tenía propia y distinta personalidad, independiente del Municipio, por lo que absuelve a éste de la reclamación, condena a aquella entidad al pago de la misma, no obstante la excepción propuesta por ella de haber prescrito el derecho ejercitado en virtud del art. 1968 del Código Civil, y ello por obra no sólo de una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, según SS. de esta Sala de 17 diciembre 1979 (RJ 1979\4363) 12 diciembre 1980 (RJ 1980\4747) y 16 marzo 1981 (RJ 1981\916), estimando que en el caso existe una voluntad decidida de no abandono del derecho (reclamación previa administrativa y posteriores) como fundamento subjetivo de la prescripción, sino mediante una asimilación de la reclamación previa administrativa a la interpelación extrajudicial para interrumpir la prescripción (art. 1973 del Código Civil), en cuanto dicha reclamación se dirigió contra quien, como el Ayuntamiento, no era sino órgano de la Sociedad Anónima demandada y el Alcalde y Presidente de su consejo de administración, por tanto representante de aquella (art. 12 de los Estatutos de la Sociedad Anónima y 76 de la Ley), Alcalde o Teniente de Alcalde que fue el pleno beneficiario de la reclamación» dicha, con la eficacia interruptiva lógica y justa en virtud de la doble condición de Alcalde y Presidente del Consejo, so pena de «quebrantar los principios de buena fe y de confianza que inspiran todo el tráfico jurídico privado», aquí en la modalidad de gestión de un servicio público, equivalente a la gestión directa, razón en definitiva, que lleva a la Audiencia a conceder eficacia a la repetida reclamación administrativa hecha en abril de 1978, cuando aún no había transcurrido el año desde la producción del evento dañoso (junio 1977), y pese a que la conciliación conjunta contra «EMAYA, S. A.» no se hizo hasta febrero de 1979.

CONSIDERANDO 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 (arts. primero, 1, y noveno, 3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buen a fe (art. séptimo, 1, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar

que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. sexto, 4, del Código Civil), 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 (art. séptimo, 2, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (art. 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (art. séptimo, 2, del Código Civil), 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 sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos de tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) 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 persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad», según la doctrina patria.

CONSIDERANDO Que también en el ámbito del Derecho administrativo, cuando se habla de los «entes públicos» o de gestión («mutatis mutandi»), 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 final puro y simple», externamente regida por el Derecho privado, pero en realidad -internamente- de la pertenencia de la Administración, 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, determinados en el art. 1973 del Código Civil, por consiguiente no violado.”

Para Ricardo de Ángel Yagüez es bastante curioso que el primer pronunciamiento íntegro procedente de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de levantamiento del velo recayera en un asunto en lo que se planteaba era un problema circunscrito al campo de la responsabilidad de naturaleza civil, o sea, un terreno en el que no es fácil suponer que la constitución de la persona jurídica, concebida como un instrumento de actuación de intereses de quien la establece, responda al designio de eludir responsabilidades o desviar imputaciones¹⁷⁸.

No obstante la indiscutible importancia de la Sentencia de 28 de mayo de 1984, hay que advertir que ella ha sufrido críticas por parte de algunos autores, entre ellos F. Pantaleón Prieto. Su postura crítica respecto al fallo del TS que resolvió el recurso de casación interpuesto por la empresa EMAYA puede ser sintetizado básicamente en las siguientes ideas: a) en el caso concreto enjuiciado no se aprecia cualquier presupuesto que pueda justificar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo; b) no concurre las condiciones que autoricen el privilegio de la limitación de responsabilidad, por lo que debería haber sido declarada la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento y de la sociedad anónima; c) el privilegio citado deriva de la llamada

¹⁷⁸(DE ÁNGEL YAGÜEZ, 2006, p. 121).

capitalización adecuada, por cuanto no habría motivo para condenar al Ayuntamiento puesto que no hay razón para suponer que éste mantenía infracapitalizada a la sociedad¹⁷⁹.

Dejando para más adelante las valoraciones positivas y negativas respecto a la sentencia de 28 de mayo de 1984, lo cierto es que el Tribunal Supremo de España anunció por primera vez una formulación sobre la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. Equidad, buena fe, fraude y abuso de derecho fueron los conceptos generales, aunque se haya nombrado a ellos de una forma superficial y sin perfilar su contenido y eficacia, en los que se sustenta el TS para construir definitivamente las bases del instituto del *disregard of the legal entity*. Tras el advenimiento de esa sentencia histórica con su consecuente repercusión en la práctica judicial española, se ha podido verificar un creciente número de resoluciones tanto del propio Supremo como de las Audiencias provinciales y de los Juzgados de Primera Instancia haciendo uso de aquella formulación, conforme se tendrá la oportunidad de apreciar aún en el presente capítulo.

c) Los presupuestos de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo

La posibilidad de que los jueces y tribunales puedan desentrañar la realidad subyacente bajo la forma de una persona jurídica, penetrando en su interior, para extender la responsabilidad a las personas (físicas o jurídicas) que están detrás ella en razón del cometimiento de fraudes o abusos contra terceros con el fin de restablecer el sentido de justicia, constituye una valiosa herencia de la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo en la fecha de 28 de mayo de 1984. Llevando un poco más adelante esa afirmación se puede, incluso, sostener que la referida resolución provocó una verdadera revolución en el modo de estudiar y entender el derecho de sociedades en España.

Por lo general y considerando todo lo que fue decidido por el cuerpo de magistrados de la Primera Sala del TS en relación al proceso movido por la UTO IBERICA S.A., la jurisprudencia de aquel Tribunal estableció el entendimiento sobre una aplicación bastante prudente del levantamiento del velo de la persona jurídica, según determinados casos y circunstancias, y cuando estén reunidos básicamente los siguientes elementos: conflicto entre seguridad jurídica y justicia; aplicación por vía de equidad y con acogimiento del principio de la buena fe; fraude de ley y perjuicio de intereses; y el presupuesto de abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo.

En primer lugar, el planteamiento en torno al conflicto entre seguridad jurídica y justicia quizás sea, por no decir el más importante, criterio de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. En carácter general, tal criterio impone que la citada doctrina solamente debe ser empleada mediante un examen y una valoración pormenorizada sobre todas las circunstancias de cada caso llevado a juicio para que, de esa manera, sea posible acoger una solución concorde con la razón de política jurídica que persigue la norma que se aplica¹⁸⁰.

¹⁷⁹(PANTALEÓN PRIETO, 1984, p. 1711).

¹⁸⁰Sobre el aspecto subjetivo del principio de la seguridad jurídica, es importante consultar la obra del jurista portugués Joaquín José Gomes CANOTILHO (2000), *Direito Constitucional y Teoría da Constituição*, Almedina, Coimbra, p. 256. Para otras referencias bibliográficas, véase también Luis PRIETO SANCHÍS (2010), *Apuntes de teoría del derecho*, 5ª ed., Trotta, Madrid; y J.G RIDDALL (2008), *Teoría del derecho*, 3ª ed., Gedisa, Barcelona.

La seguridad jurídica reviste suma importancia en el contexto de un Estado de derecho, permitiendo que los individuos conozcan sus derechos y obligaciones y que puedan prever los efectos de sus propios actos. Tal principio presenta dos naturalezas distintas: una objetiva y otra subjetiva. La primera se refiere a los límites de la retroactividad de los actos del Estado, incluso cuando éstos se califiquen como legislativos, es decir, la protección al derecho adquirido, al acto jurídico perfecto y a la cosa juzgada. La segunda se relaciona con la protección a la confianza de las personas en lo relativo a los actos, procedimientos y conductas promovidas por el ente estatal.

El Tribunal Constitucional de España, en la sentencia 147 de fecha de 25 de noviembre del año de 1986, declaró lo que se debe entender por seguridad jurídica consiste en la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas validas y vigentes. Por lo anteriormente expuesto, el principio fundamental de la seguridad jurídica radica, ante todo, en la posibilidad de poder predecir con bastante antelación todas las consecuencias jurídicas de nuestros propios actos; en tanto que muchos juristas y tratadistas ingleses se refieren a tal postulado como el *legal security means protection of confidence*¹⁸¹.

El valor de justicia es la configuración específica de la idea del derecho que está irradiada en mayor o menor grado de claridad en todas las normativas existentes, sirviendo como medida de su corrección. En la filosofía natural, el valor de justicia ha ocupado un lugar central entre los más conceptuados juristas, sociólogos y filósofos, culminando en la formulación de una serie de teorías que se extendieron hasta los días actuales. De modo que ésta, sin pretender definir una expresión que posee un sentido controvertido, sería la exigencia de que una decisión sea producto de la correcta aplicación de una norma, como opuesta a la idea de abuso o ilegalidad¹⁸².

“Pero no hay que olvidar que el Derecho, además de la justicia, tiene como fin la seguridad jurídica, y ésta requiere precisamente la primacía de lo abstracto y general sobre el arbitrio del juez y la fuerza de los sentimientos, por respetables que éstos sean. Conciliar la vinculación a la ley con la equidad al juzgar el caso concreto, encontrar el equilibrio entre la seguridad y la justicia, respetar el Derecho establecido, pero aplicarlo con sentido humano y a conciencia de lo que de único e irrepetible tiene todo problema individual, constituye la servidumbre y la grandeza de los jueces.”¹⁸³

En segundo lugar, el esfuerzo en intentar interpretar la expresión aplicación por vía de equidad y con acogimiento del principio de la buena fe puede conducir a una definición confusa y ambigua. La intención del Tribunal Supremo al establecer tal criterio parece ser la de que el levantamiento del velo puede ser utilizado con un margen de discreción por quien esté llamado a aplicarlo, liberándose de la literalidad de los textos legales. Por buena fe se entiende que el juzgador deberá tomar una decisión en consonancia con el parámetro de la razonabilidad, es decir, el juez o tribunal ha de tener siempre presente lo que para el consenso social es lo más usual y sensato¹⁸⁴.

¹⁸¹STC, Pleno, 25.11.1986 (RTC 1986, 147; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

¹⁸²Véase Tom CAMPBELL (2002), *La justicia: los principales debates contemporáneos*, 1ª ed., Gedisa, Barcelona.

¹⁸³(LATORRE SEGURA, 2012, p. 98).

¹⁸⁴Conviene llamar la atención en que todos estos argumentos pueden conducir a un peligroso decisionismo judicial y también a valoraciones concretas de índole ética, sentimental o política (y no de normas generales), lo que Max Weber designó como la Justicia de Cadí. Véase Guillermo MUNNÉ (2006), “Racionalidades del Derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico”, *Revista Isonomia*, n. 25, octubre 2006, págs. 69 – 100.

“De este modo el Tribunal Supremo ha construido, utilizando el recurso a la equidad, doctrinas jurisprudenciales de carácter progresivo en casos en los que efectivamente la aplicación de los preceptos legales habría llevado a soluciones injustas. En esta línea se encuentran las doctrinas del daño moral, de la accesión invertida o incluso del mismo abuso del derecho, antes de que ésta última fuese recogida a nivel positivo en el artículo 7.2 del Código Civil. En efecto, en todos esos casos, se ha ido más allá de la norma legal, cuya aplicación hubiese tenido un resultado injusto para resolver según criterios de equidad, es decir, salvando esa ‘inadecuación` en aras a la consecución de la justicia.”¹⁸⁵

En tercer lugar, el fundamento del fraude de ley y perjuicio de intereses reside en un acto, engendrado al amparo de una determinada norma, hacia la persecución de un resultado contrario a una ley vigente con la finalidad de producir un claro perjuicio a los acreedores. Del mismo modo, esa figura puede ser conceptualizada como la violación de una ley mediante el uso de un artificio que demuestre una apariencia de licitud, donde la persona que lo realiza tiene como objetivo el de burlar una norma por medio de otras que puedan prestarle apoyo aparente de legalidad. En esa perspectiva, José Puig Brutau explica en que residen los actos en fraude de ley:

“El fraude de ley, en sentido propio, no trata de ocultar un acto bajo la apariencia de otro, sino que coloca a la realidad bajo el imperio de una norma que nos es la que propiamente le corresponde. El acto es real, claro y visible, y trata de aparecer correcto mediante la combinación de medios que, por sí mismos lo serían, si no fuesen valorados en su acción conjunta o resultado final alcanzado.”¹⁸⁶

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero estudian los actos en fraude de ley (*actos in fraudem legis*) por lo que afirman tratarse de una expresión que designa una propiedad de naturaleza valorativa. En ese exacto sentido, los supuestos de fraude de ley son supuestos de laguna axiológica en el nivel de las reglas; en tanto que el examen adecuado de la referida figura exige ante todo que la dimensión regulativa del derecho esté compuesta por dos niveles, el de las reglas y el de los principios: los denominados actos en fraude de ley están permitidos *prima facie* por una regla pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la propia regla en cuestión¹⁸⁷.

Con referencia a la jurisprudencia española, se observa que el fundamento del fraude de ley ha sido empleado en la resolución de la sentencia de 20 de junio de 1991 dictada por el Tribunal Supremo para justificar el levantamiento del velo de la personalidad jurídica¹⁸⁸. Específicamente en este caso, el Alto Tribunal puso de manifiesto que el fraude de ley civil exige la concurrencia de una serie de actos que, pese a su mera apariencia de legalidad, violan claramente el contenido de los preceptos o normas legales en que se amparan (STS de 6 de febrero de 1957 y de 1 de abril de 1965); habiendo incluso declarado la Primera Sala que no sería preciso que la persona, que realice el fraude de ley, tenga intención o conciencia de buscarla (STS de 13 de julio de 1959).

¹⁸⁵(BOLDÓ RODA, 2006, p. 210).

¹⁸⁶(PUIG BRUTAU, 1989, p. 303).

¹⁸⁷(ATIENZA *et al*, 2006, p. 67).

¹⁸⁸STS, 1ª, 20.06.1991 (RJ 1991, 4526; MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes). Con todo, es importante advertir que la Sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha de 5 de febrero del año de 1996 reformó ese postulado de la mencionada STS de 20 de junio de 1991, porque pasó a exigir el requisito de la constitución de la sociedad con la finalidad y propósito de defraudar a los acreedores.

Por último, el abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo como fundamentación o justificación del levantamiento del velo societario, estriba en la realización de una conducta aparentemente conforme a la norma (su enunciado jurídico formal), pero que en realidad contraría el espíritu y el objetivo de los derechos ejercitados. La doctrina contemporánea suele referirse al principio romano *qui iure suo utitur neminem laedit* (ejercicio de un acto dentro de los límites de poder impuestos a su titular que ocasiona una actuación legítima y lícita), por lo que la quiebra de éste resulta en el ejercicio anormal del derecho, esto es, la manifestación de una conducta que sobrepasa objetivamente los límites aceptables para la práctica de un dado derecho.

“Lo anterior ocurre porque el sentido con el que se ejercita el derecho perturba intereses vitales protegidos por la norma; la conducta que infringe los valores sociales tutelados por la regla jurídica es una conducta antijurídica materialmente, aunque sea coherente con la disposición formal de la propia regla, ya que no sólo es antijurídica la conducta que viola la disposición de la norma de derecho, sino también el proceder que desvirtúa el fin de la norma que conculca los valores sociales que ésta pretende proteger.”¹⁸⁹

La sentencia del Tribunal Supremo que marcó el punto de partida respecto a la formulación de la doctrina del abuso de derecho es la de 14 de febrero de 1944 que, a su turno, enumeró los distintos elementos esenciales de la citada doctrina: a) uso del derecho subjetivo de una manera externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) carácter inmoral o antisocial del daño, manifestado en forma subjetiva (cuando el derecho se ejercita con la intención de perjudicar o simplemente sin un fin serio y legítimo), o en forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso de anormalidad en el ejercicio del derecho)¹⁹⁰.

En la visión de Carmen Boldó Roda, la práctica jurisprudencial del Tribunal Supremo demuestra que, aunque se aluda directamente a la institución del denominado abuso de derecho, en prácticamente todas las sentencias el TS no razona suficientemente la aplicación de dicha institución y no hace en modo alguno referencia al cumplimiento de los requisitos necesarios para que esté en presencia del abuso de derecho (existencia de un derecho subjetivo, calificación de la acción u omisión según la intención de su autor, su objeto o sus circunstancias, ejercicio extralimitado del derecho subjetivo y daño); y tampoco las consecuencias de la aplicación de esa figura (inadmisibilidad del ejercicio del derecho, indemnización y adopción de medidas judiciales o administrativas) coinciden con los efectos que se desprenden de aquellas sentencias. A manera de síntesis de las ideas anteriormente expuestas, la autora española expresa que:

“En conclusión se puede afirmar que cuando los tribunales quieren adoptar la resolución de levantar el velo aducen abuso de derecho, pero entonces no se razona suficientemente la aplicación de esta institución; únicamente si quieren eludir la aplicación de aquella técnica alegan la falta de los presupuestos necesarios para la existencia del abuso de derecho.”¹⁹¹

¹⁸⁹(SÁNCHEZ BEJARANO, 2001, p. 220).

¹⁹⁰La noción de abuso de derecho aparece en muchas otras sentencias relacionadas con el levantamiento del velo posteriormente a la histórica sentencia de 28 de mayo de 1984, entre las que se puede destacar: STS de 13 de julio de 1987 (RJ 1987, 5487); 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6195), 25 de enero de 1988 (RJ 1988, 141), 19 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1070), 4 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1550) y 22 de octubre de 1988 (1988, 7631).

¹⁹¹(BOLDÓ RODA, 2006, p. 247).

Empero, la actual corriente jurisprudencial viene admitiendo el levantamiento del velo en agravio al principio de la separación patrimonial, cuando éste se exterioriza como un artificio para promover un propósito fraudulento (sea el incumplimiento de un contrato, la elusión de una responsabilidad de naturaleza contractual o extracontractual). De ahí que se ha elaborado cinco supuestos principales con los cuales los órganos judiciales españoles han justificado el empleo del levantamiento: a) el abuso de las formas jurídicas o utilización de fraude de ley; b) la identidad de personas o esferas de actuación o confusión de patrimonios, que se muestra en la existencia de una comunidad de gestión, de intereses y beneficios; c) el control o dirección efectiva interna; y, por último, las hipótesis de infra capitalización o descapitalización societaria.

A la vista de todo lo anterior, la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, formulada en los años 1980 en España, pretende reaccionar frente al abuso del derecho societario que vulnera los derechos o intereses de terceros, lo que obliga a los operadores jurídicos a decidir entre los criterios de seguridad jurídica o justicia. De tal modo, la decisión que decreta el allanamiento de la personalidad societaria deberá revestirse de especial cautela, quedando a criterio de la autoridad judicial si procede o no a su aplicación, justificándolo y además comprobando la presencia de las circunstancias del caso *sub judice* con miras a la persecución y consecución del valor de justicia material ante situaciones constitutivas del fenómeno de la corrupción en el ámbito empresarial y su consecuente pérdida de confianza en los negocios.

4.3. La reacción de la doctrina española: escenario de discusiones y opiniones teóricas

La doctrina española, desde muy temprano, ha venido manifestando su preocupación por los abusos que se pueden cometer bajo el amparo del hermetismo de la persona jurídica. Entre las más importantes producciones científicas que trataron sobre el tema está el trabajo de Federico de Castro y Bravo. El jurista publicó, en 1949, un artículo en Anuario de Derecho Civil intitulado de *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, que tuvo una gran repercusión sobre todos los futuros estudios e investigaciones realizadas en lo referente a esta materia¹⁹².

También cabe destacar la contribución de Alfonso de Cossío y Corral en Anuario de Derecho Civil del año de 1954, en que discurre sobre la crisis del concepto de la persona jurídica en el artículo *Hacia un nuevo concepto de persona jurídica*. Tanto en este trabajo como en lo de F. de Castro y Bravo ya se daba por conocer la posibilidad de prescindir la estructura de la persona jurídica y desconocer la norma que determina la separación entre su patrimonio y de las personas que la integran, como para evitar resultados injustos que se pueden producir bajo aquel instituto.

Al respecto conviene decir que la jurisprudencia norteamericana del *disregard of the legal entity* ya era conocida en la comunidad jurídica española. Pero será solamente a partir de la traducción de la notable obra de Rolf Serick realizada por José Puig Brutau que quedará reflejado algunos años

¹⁹²Véase José Miguel EMBID IRUJO (1998), "Justicia y Seguridad Jurídica: a propósito del levantamiento del velo de la personalidad jurídica societaria", *Derecho de los negocios*, año IX, n. 96, 1998, págs. 01 - 08; y José Miguel EMBID IRUJO (2005), "El gobierno de los grupos de sociedades", *Documentos de trabajo*, n. 64, 2005, págs. 01 - 42.

más tarde una nueva doctrina en el Tribunal Supremo bajo una denominación propia: *el levantamiento del velo de la persona jurídica*. Se va a producir una gran innovación en el derecho de sociedades español, lo que acarreó una nueva forma de entender y estudiar la persona jurídica.

De pronto, se pudo verificar una división respecto al levantamiento del velo entre: un primer grupo de autores que insisten en respetar el principio de la seguridad jurídica y que entienden la no aplicabilidad de aquélla, una vez que creen en la reformulación de la noción de persona jurídica como forma de contener los abusos a que se ha prestado tal noción; un segundo grupo, que defiende la necesidad y viabilidad de la doctrina, por lo que buscan encontrar un criterio rector que garantice una seguridad jurídica en la esfera de las relaciones civiles y mercantiles.

a) Manifestaciones contrarias al levantamiento del velo

El levantamiento del velo es rechazado por un amplio grupo de expertos cuyas críticas recaen, en síntesis, en la vaguedad y en la ambigüedad de las nociones en que la doctrina se fundamenta (fraude, abuso de derecho y equidad), lo que infringe el principio de la seguridad que debe orientar todo y cualquier ordenamiento jurídico. Además de lo anteriormente dicho, la decisión de levantar o no el velo ante un caso concreto va a depender del criterio personal de cada juzgador, por lo que esta clara indeterminación puede conducir a resultados poco satisfactorios.

De acuerdo con la opinión de los especialistas, el Tribunal Supremo, en varias ocasiones, hace uso del levantamiento del velo cuando en realidad podría haber llegado a los mismos resultados mediante la utilización de otros recursos previstos en el ordenamiento jurídico nacional. Por cierto que resulta difícil trasladar una doctrina creada en el ámbito del sistema judicial norteamericano, el cual está basado en el modelo *Common law* a un sistema diferente (*Civil law*), donde los tribunales deben limitarse tan sólo a aplicar y interpretar el sistema jurídico ya puesto.

“A ello se añade en el caso del Derecho Español (y en general en todos los ordenamientos continentales), una dificultad adicional y de extraordinaria transcendencia práctica: a diferencia de los países anglosajones, donde el arbitrio judicial y la creación judicial del Derecho son tradicionales, los jueces continentales cuentan con escasísimas competencias, habiendo de fallar ajustándose al sistema normativo predeterminado por un esquema rígido de fuentes del Derecho: incrementar por vías doctrinales el arbitrio de los tribunales de justicia, parece poco conforme con el Derecho vigente (con independencia de que pueda considerarse o no deseable).”¹⁹³

Para F. Pantaleón Prieto, la penetración en la dimensión formal de la persona jurídica está planteada de manera errónea en razón de una concepción equivocada de la persona jurídica, de carácter excesivamente formalista, donde en algunas situaciones y bajo razones puntuales, ella no es considerada como algo distinto de las personas que la componen como consecuencia de las exigencias de los criterios de equidad y de justicia. Siendo así, habría que proponer una correcta reformulación de aquel concepto que permita establecer o conocer claramente sus condiciones de

¹⁹³(CAPILLA RONCERO, 1984, p. 71).

uso, en vez de recurrir a una técnica poco fiable y de resultados altamente indeterminados¹⁹⁴.

En la concepción de José Girón Tena, el problema de la doctrina de la desconsideración de la personalidad jurídica, tal como se ha ido planteando en el derecho privado español, presenta serios y graves inconvenientes, lo que contribuye a la creación de un ambiente de inestabilidad en el tráfico jurídico. Ello porque, la superación de la personalidad jurídica posee una concesión a la doctrina del realismo de la personalidad jurídica; de modo que si se precisa superar el ente colectivo es que ahí hay un ser por medio del que se pasa. En palabras del autor J. Girón Tena:

“Frente a este planteamiento, la reducción del concepto de persona jurídica a una expresión para llamar unitariamente a una normativa, que sirve para tratar temas de legitimación y de responsabilidad de los humanos, niega toda necesidad de superación de la personalidad, porque ésta no es nada distinto a los hombres que están en las relaciones jurídicas en que consiste la figura que les liga. La llamada superación o desestimación de la persona jurídica no tiene razón de ser.”¹⁹⁵

A continuación, el autor pone énfasis a que uno de los principales defectos de la doctrina del levantamiento del velo societario consiste en que ella parte de una noción bastante generalizada del instituto de la persona jurídica. En un primer momento puede resultar un poco difícil entender a lo que quiso referirse Girón Tena con esta afirmación, pero luego es posible interpretar que la llamada teoría del levantamiento contribuye a generar una confusión entre el concepto mismo de persona jurídica y el fin para el cual ésta fue concebida por el ordenamiento positivo.

“Si la persona jurídica no es una subjetivación para otra persona-fantasma, sino que se resume en las personas físicas o patrimonios a los que se refieren las normas que establecen el punto intermedio de subjetivación, no hay por qué penetrar para llegar a una cosa mediata: ésta se encuentra situada inmediatamente. La llamada penetración generaliza y centraliza en un solo punto, un problema que no tiene esa unidad. Hay que ver la figura de la persona jurídica concreta de que se trate analíticamente y examinar los problemas desde los distintos ángulos que protegen el correcto funcionamiento de los instituciones jurídicas y buscar por ahí las soluciones.”¹⁹⁶

En la misma línea crítica de los autores anteriormente mencionados, Cándido Paz-Ares pronuncia que una vez ratificado el *nomem* persona jurídica y a partir de la adopción del entendimiento de que se trata de un verdadero sujeto de derecho, tanto la ciencia como la praxis jurídica daban un paso en falso del que más adelante habrían de arrepentirse; puesto que en las hipótesis en las que conducía a conflictos inconvenientes hubieran de levantar un nuevo edificio conceptual de papel cartón: la ambigua y poco sólida doctrina del levantamiento del velo¹⁹⁷.

No cabe duda de que las críticas relativas al levantamiento del velo no son absolutas. Desde hace tiempo, esa doctrina ha venido suscitando una serie de peligros en cuanto al funcionamiento de las instituciones jurídicas, por lo que se puede afirmar, con cierto grado de certeza, que los principales ataques que se han vuelto contra la misma se basan en la dificultad de encontrar un

¹⁹⁴(PANTALEÓN PRIETO, 1984, p. 1711).

¹⁹⁵(GIRÓN TENA, 1976, p. 163).

¹⁹⁶(*Ibidem.*, p. 166).

¹⁹⁷(PAZ-ARES, 1983, 1593).

criterio único y uniforme que establezca en qué casos sería correcto levantar el velo, sin generar con ello incertidumbre, con la amenaza que significa para el principio de la seguridad jurídica.

b) Manifestaciones favorables al levantamiento del velo

La doctrina mayoritaria española se ha inclinado favorablemente al levantamiento del velo societario, el cual se enmarca dentro de las pautas sostenidas por la jurisprudencia de intereses que, a su vez, se aparta de fundamentaciones conceptuales para indagar la realidad subyacente, con el objetivo de reconocer la fuerza de principios generales del derecho informadores del orden jurídico (buena fe, prohibición de fraude o del abuso) y ponerlos en una escala jerárquica, incluso a un nivel superior de las normas legales cuando éstas son empleadas con perjuicio de terceros¹⁹⁸.

No obstante la aceptación del levantamiento del velo por una gran cantidad de autores, prácticamente todos ellos coinciden en la idea de que esta técnica debe ser aplicada con carácter excepcional y bajo la orientación de criterios consistentes como para evitar toda y cualquier violación al principio de la seguridad jurídica. Esas directrices tendrían como finalidad la de impedir que el manejo de la doctrina diera lugar a ataques peligrosos, injustificados y gratuitos a uno de los conceptos esenciales y básicos que rigen los ordenamientos jurídicos modernos¹⁹⁹.

Con la técnica del levantamiento del velo corporativo se pretende proteger a la personalidad jurídica de las sociedades, la cual juega un importante papel en el desarrollo de la actividad económica de los últimos tiempos. Es por ello que se considera acertada – tal como asegura J.M Embid Irujo – la decisión del Tribunal Supremo de levantar el velo de la persona jurídica, una vez que reside en un expediente corrector del fraude, al mismo tiempo en que impide que a través de un mecanismo formalmente correcto se lleve a cabo un resultado materialmente antijurídico.

“La doctrina del levantamiento del velo se está convirtiendo, al menos en el caso español, en una suerte de comodín suficientemente elástico y adaptable para resolver todo tipo de casos por diversos que sean, producidos por el empleo creciente e imparable de las formas capitalistas de sociedad para la gestión, titularidad u ordenación de las más heterogéneas situaciones jurídicas. Que en esa utilización masiva en las sociedades mercantiles hay algo más que adaptación inteligente a las posibilidades de la praxis, es indudable y por ello entendemos necesaria la continuidad en la aplicación rigurosa del levantamiento del velo por los jueces.”²⁰⁰

También es cierto que la necesidad de elaborar un conjunto de criterios objetivos con los cuales se indique en qué casos se debe o no aplicar la técnica del levantamiento del velo de la persona jurídica ha dominado completamente en el pensamiento de la doctrina de la contemporaneidad. De ese modo, con el fin de intentar reducir los riesgos de la inseguridad propiciados por aquella técnica y simplificar el trabajo de los jueces y tribunales, se ha procedido a la formulación de

¹⁹⁸Para un interesante estudio sobre el levantamiento del velo desde una perspectiva entre España y México, véase el artículo de Roberto OBANDO PÉREZ (2008), “Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, septiembre diciembre 2008, págs. 160 – 190.

¹⁹⁹Entre los autores y tratadistas que acogen el levantamiento del velo de la persona jurídica están J. Puig Brutau, Sánchez-Calero, Vicent-Chuliá, J.M Embid Irujo, R. De Angel Yagüez, C. Boldó Roda y Lobato de Blas.

²⁰⁰(EMBID IRUJO, 1992, p. 7).

distintos grupos de casos, donde se reúnen todos aquellos supuestos en los que sería permitido aplicar el levantamiento del velo, conforme se verá con más detalles en el siguiente apartado.

4.4. El estado actual del levantamiento del velo en el Tribunal Supremo

Tomando como referencia el método de agrupación de casos, tal como se adoptó en el capítulo anterior respecto a la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia, se procede a un análisis de la práctica jurisprudencial española respecto a la aplicación de la doctrina de levantamiento del velo, como aquel mecanismo idóneo para resolver los problemas en torno a la desviación de la personalidad jurídica. La forma de pensar jurídica de los grupos de casos va a facilitar la comprensión sobre cómo se manifiesta dicha doctrina en el ámbito del derecho privado español.

a) El uso de la persona jurídica como instrumento de abuso de derecho y fraude - En casi todos los casos, el levantamiento del velo es aplicado cuando se está ante la utilización abusiva o fraudulenta de la persona jurídica. De ahí que las resoluciones judiciales incluidas en ese apartado resaltan los presupuestos de aplicación de la referida doctrina, al mismo tiempo que consideran que ella debe ser adoptada con máxima cautela, es decir, sólo cuando otros argumentos no permitan conducir al desenlace que el tribunal busca como ajustado a derecho²⁰¹.

Sentencia en el Recurso de Casación 2253/2006, de 14 de octubre de 2010. La parte actora y hoy Recurrente, MONTANA SERVICIOS EXTERIORES, S.L., formuló demanda de juicio ordinario interesando la condena solidaria de las demandadas, INICIATIVAS LEIMAN S.L. y PROYECTO EMPRESARIAL LADES S.L., hoy recurridas, al pago de 448.800,48 euros, derivado de la prestación de servicios y ejecución de obras para las que fue contratada la actora mediante sistema de administración de ciertos trabajos y aportación de materiales, en dos obras que se estaban llevando a cabo por las demandadas. La sentencia de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda al entender que las sociedades del grupo Fornas cobraron del grupo Canal la totalidad de las obras por las que se reclamaba, ya que según las periciales practicadas, las cantidades cobradas incluso excedían del precio de obra realmente ejecutado. Para ello tiene en cuenta que en todas esas operaciones intervenían exclusivamente dos personas, el Sr. Pio, en representación de la actora y otras de su grupo y el Sr. Jose Augusto, en representación de las empresas demandadas y otras de su grupo por lo que, aplicando la doctrina del levantamiento del velo, de conformidad con el artículo 218 LEC, y teniendo en cuenta la determinación del precio en el contrato de obra por administración, la Juzgadora de instancia considera que las demandadas ya han satisfecho las cantidades cuyo pago se reclama por la actora. Frente a esa resolución se alzó en apelación la demandante, habiendo dictado la Audiencia Provincial sentencia desestimatoria de dicho recurso. Señala la Audiencia, respecto a la alegación del recurrente de la indebida aplicación de oficio de la doctrina del levantamiento del velo, que no puede prosperar dado que su introducción en la sentencia y aplicación al supuesto de autos resulta correcta, ya que si bien no se utiliza por las partes la expresión levantamiento del velo, el contenido de esta doctrina sí que resulta claramente invocado por ambas partes. Así, la actora, sin

²⁰¹ Fraude y abuso de derecho son las claves para la aplicación del levantamiento del velo por el Alto Tribunal.

utilizar dicha expresión, lo denuncia con otros términos, siendo indudable que en el supuesto de autos resulta aplicable esta doctrina y las pruebas se han encaminado precisamente a desvelar tal cuestión. Frente a la anterior resolución la actora-apelante formaliza recurso de casación. El Tribunal Supremo español, a su vez, desestima el recurso de casación basándose en que:

“El recurso de casación se articula en un único motivo: la infracción de los arts. 6.4, 7.1 y 2 del Código civil (LEG 1889, 27) , el art. 11.1 de la LSRL (RCL 1995, 953) y 35 del Código de comercio (LEG 1885, 21) , señalando el recurrente que se ha infringido el principio de "necesaria alegación" de la doctrina del levantamiento del velo, no concurriendo, por otro lado, en el presente caso los requisitos necesarios para su aplicación. Esta doctrina ha sido invocada, y este recurso de casación no es el adecuado para hacer valer cuestiones directamente vinculadas a la rogación y congruencia de la sentencia, ya planteadas y resueltas en el anterior, e incluso aspectos vinculados a las pruebas, como la existencia o no de un grupo de sociedades, que la sentencia da por supuesto, y sobre los demás hechos que han servido para su aplicación, de la libre apreciación del juzgador de instancia, los cuales no cabe cuestionar, porque es ajeno a este recurso, o, incluso, a cuestiones asimismo ajenas, como es la necesaria presencia en el pleito de las sociedades respecto de las cuales se declara ese levantamiento del velo, cuando el pronunciamiento desestimatorio de la demanda se refiere exclusivamente a la actora, sin necesidad de que lo haga frente a las ausentes cuya identidad con la anterior constituye la esencia de la doctrina que se aplica y, consecuentemente, del fallo.”²⁰²

Sentencia en el Recurso de Casación 1002/2001, de 28 de mayo de 2008. Como datos a utilizar en la resolución del actual recurso de casación hay que tener en cuenta los siguientes. Se ejercita por la demandante Conaiz de Construcciones SL, acción en reclamación de la cantidad de 12.552.705 pesetas más intereses y costas por las obras que la demandante ejecutó como subcontratada de la entidad Toposan, Sociedad Cooperativa Limitada, y que resultaron impagadas parcialmente. La reclamación se efectúa a los socios que constituyeron esta sociedad cooperativa, alegando como fundamento de su pretensión, la doctrina del levantamiento del velo al considerar que siendo la entidad demandada una cooperativa ficticia creada en fraude de acreedores, los socios constituyentes habían de responder de las deudas contraídas. Por los socios hoy Recurrentes, se alegó en primer lugar la falta de legitimación de los demandados por haber procedido a la venta de las participaciones sociales con anterioridad a que la deuda existiera, y en segundo lugar, la prescripción de la acción al amparo del artículo 1968-2 del CC en relación con el artículo 65-2 de la Ley General de Cooperativas, considerando que habría transcurrido más de un año entre la fecha de las facturas y la interposición de la demanda. La Sentencia de Primera Instancia consideró que la acción ejercitada era una reclamación de cantidad a la que correspondía una prescripción de 15 años, y que por tanto, la acción no estaba prescrita cuando se interpuso la demanda. Consideró probado que la entidad Toposan carecía de capital social, patrimonio propio, domicilio, gestión independiente y de vida social propia, por lo que aplicando la doctrina del levantamiento del velo de la sociedad declaró la responsabilidad de aquellos socios constituyentes que aparecían en el Registro de Cooperativas, frente a terceros de buena fe, como integrantes de la sociedad. La Sentencia de Apelación confirmó la de primera instancia considerando correcta tanto la prescripción de 15 años, dada la acción ejercitada, como la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en atención a la prueba practicada y al hecho de no haber probado los demandados la salida real y efectiva de la cooperativa. El Tribunal

²⁰² STS, 1ª, 14.10.2010 (RC 2253/2006; MP: José Antonio Seijas Quintana).

Supremo declaró no haber lugar el Recurso de Casación en base a que:

“El recurrente, sin atacar la verdadera “ratio decidendi” de la Sentencia sobre el tipo de acción ejercitada mantiene, al igual que lo ha hecho en la instancia, que la acción de los acreedores frente a los administradores se enmarca en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y ello obviando el tipo de acción ejercitada por la demandante que, de conformidad con lo mantenido por la Audiencia es una acción de carácter personal con la prescripción de 15 años y ello porque la reclamación de la cantidad ejercitada se enmarca en una relación contractual con la persona jurídica, a la que por la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo le viene a sustituir los socios. Por tanto, yerra el recurrente cuando en este motivo sitúa “la acción iniciada de forma innominada en cuanto a su fundamentación jurídica, en la órbita de la responsabilidad extracontractual, pues al no mediar el vínculo entre las partes se enmarca en el ámbito de las relaciones jurídico societarias externas...”, pues sí que existía relación contractual con la persona jurídica, relación en la que entran los socios por sustitución en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Y ello porque la acción no se dirige contra el Consejo Rector, como parece mantener la parte recurrente desde el inicio del procedimiento al alegar como fundamento de la pretensión el artículo 65.2 de la Ley de Cooperativas en la redacción vigente en el momento de interponer la demanda, sino frente a todos los socios constituyentes que han usado una ficción jurídica, la cooperativa, para perjudicar a terceros. *En la medida en que ello es así, la solución adoptada por la Audiencia es correcta, sin que por la parte recurrente se realice ninguna argumentación que trate de desvirtuar la dada por la Sentencia recurrida sino que, manteniendo su postura esgrimida en la instancia, y olvidando que el recurso de casación no es una tercera instancia sino un recurso extraordinario, sigue considerando que la prescripción de un año es la correcta al ser la acción ejercitada una acción que no puede conectarse a través de ningún vínculo jurídico entre las partes, cuando ello no es así, pues el vínculo jurídico entre la sociedad acreedora y los socios proviene de la relación contractual existente con la cooperativa, que se mantiene para los socios al hacer aflorar a estos mediante el levantamiento del velo de la cooperativa.*”²⁰³

Sentencia en el Recurso de Casación 4677/1999, de 29 de septiembre de 2006. D. Simón y D^a Ana María demandaron a D. Marcelino, D^a Pilar y a la compañía mercantil Guege, S.L. postulando determinadas declaraciones que conducían a la condena solidaria de los demandados al pago de la cantidad de 7.878.131 pesetas. Por sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia, Autos de Juicio de Menor Cuantía núm. 622/98, la demanda fue desestimada. Interpuso la parte actora recurso de apelación, del que conoció la Audiencia Provincial que estimó el Recurso y revocó la Sentencia de Primera Instancia, estimando la demanda, y condenó solidariamente a la compañía demandada y a D. Marcelino al pago de la cantidad reclamada, y de las costas de primera instancia, sin pronunciamiento respecto de las de la alzada. D. Marcelino y la compañía mercantil Guege S.L. interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso:

“En el Motivo cuarto, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LECiv/1881 (LEG 1881, 1) , denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 6.4 y 7 del Código civil (LEG 1889, 27) , y de la doctrina jurisprudencial establecida sobre "levantamiento del velo". El motivo no puede prosperar. El propio recurrente recoge varias decisiones de esta Sala (31 de enero y 8 de abril de 1996 [R] 1996, 2987] , 28 de mayo de 1984 [R] 1984, 2800]) en que se explica el sentido de la operación denominada "levantamiento del velo" y su inserción en los deberes de buena fe en el ejercicio de los derechos, en la evitación de supuestos de ejercicio abusivo y del fraude, y no razona adecuadamente (contra lo que exige el artículo 1707 II LECiv/1881 (LEG 1881, 1) por qué razón no sería aplicable en el caso, en el que precisamente la sentencia de primera instancia partía de la personalidad jurídica de la sociedad "Guege, S.L". para desestimar las pretensiones del actor, en tanto que la Sala de instancia, en vista del material probatorio que ha analizado en profundidad, considera que más allá de

²⁰³ STS, 1ª, 28.05.2008 (RC 1002/2001; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

la apariencia o cobertura formal de la sociedad, que en este caso es un simple instrumento (Sentencias de 25 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7359] , 30 de octubre de 1999 [RJ 1999, 8170] , 31 de enero de 2000 [RJ 2000, 65] , etc.) actúa una persona física en el tráfico, de modo que la separación de patrimonios que, por razón de la personalidad jurídica de la sociedad cabe alegar (y de hecho ha venido a amparar la decisión en primera instancia) es, en realidad, una ficción (pues aparecen confundidos los patrimonios, como se dice en la Sentencia de 30 de octubre de 1999 o se descubre la inconsistencia de la personalidad jurídica en el caso, Sentencia de 16 de marzo de 1992) con cuya ficción se pretende obtener un fin fraudulento, como sería eludir la responsabilidad contractual (Sentencias de 3 de junio de 1991 [RJ 1991, 4411] , 16 de marzo de 1992, 8 de abril y 31 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7728] , 10 de febrero y 24 de marzo de 1997, 22 de julio de 1998, 18 de abril [RJ 2001, 6680] y 8 de mayo de 2001 [RJ 2001, 7381] , 21 de mayo de 2002 [RJ 2002, 4848] , entre otras).”²⁰⁴

Sentencia en el Recurso de Casación 1222/2006, de 16 de diciembre de 2005. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando solidariamente a varios demandados (personas físicas y jurídicas) a ejecutar determinadas obras de reparación de defectos de una construcción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de los demandados. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. En lo referente al levantamiento del velo de la persona jurídica, dijo la Sala Primera de aquel Tribunal:

“Sentado lo anterior, no merece casi ni comentario, el motivo 3º, que ataca la doctrina, traída a colación, a mayor abundamiento, por las Sentencias de los Órganos judiciales de instancia, de aportación jurisprudencial, sobre el «*levantamiento del velo*» de las Sociedades demandadas, que no haría falta aquí aplicarla, sin más, pues esta Sala la admite con carácter muy restrictivo, y en forma excepcional, atinente, en general, y entre otros supuestos menos explícitos, a maniobras fraudulentas que lleven a encubrir la propia personalidad jurídica de las mismas, ocultándola a sus acreedores, supuesto éste que aquí no se da suficientemente. *Pero de ello no derivaría nunca la incorrección de la Sentencia recurrida, que, como se dice, la trae, en su posible aplicación al caso, a mayor abundamiento, ya que en lo principal confirma, y se atiene, y por lo tanto resuelve, de acuerdo también a los razonamientos del Juzgado, que llegan a igual conclusión aún antes de referirse a dicha doctrina. En todo caso, y en la relación de la Promotora y Constructora con los mismos gerentes, también cabría dicha aplicación, aunque no sea necesaria (vid. S. de esta Sala, a ese efecto, de 14-IV-04 [RJ 2004, 2624]).*”²⁰⁵

Sentencia en el Recurso de Casación 3592/1997, de 11 de julio de 2003. El Juzgado estimó íntegramente la demanda presentada en reclamación de cantidad. En segunda instancia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso planteado por la sociedad demandada, confirmando la sentencia de instancia. La demandada formuló recurso de casación fundado en tres motivos, uno de ellos al amparo de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo del levantamiento del velo societario. El TS desestimó el recurso interpuesto y en lo relativo a la doctrina mencionó que:

“*De la misma manera ha de desestimarse el tercer y último motivo, que lo fundamenta al amparo del nº cuarto del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) , en la infracción de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, por carecer de supuestos fácticos en que apoyarla, y ello por qué como se ha dicho ya más arriba cuando se suscribe el contrato de «cesión mutua de acciones y liquidación de deudas», el 29 de enero de 1993, D. Luis Pedro ya no era socio, ni administrador de la sociedad civil particular Comercial Rovira, porque había dejado de serlo el 31 de enero de 1992 o en el peor de los casos un día*

²⁰⁴ STS, 1ª, 29.09.2006 (RC 4677/1999; MP: Vicente Luis Montes Penades)

²⁰⁵ STS, 1ª, 16.12.2005 (RC 1222/2006; MP: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares).

antes de la firma del contrato de 29 de enero, por las razones expuestas en el último párrafo del fundamento de derecho segundo de la presente resolución y por consiguiente no podía obligar a la sociedad civil particular. *Por otra parte, en este caso tampoco se daban los supuestos para aplicar la doctrina jurisprudencial invocada del levantamiento del velo, que se ha aplicado para casos inversos del aquí contemplado, esto es, para extender la responsabilidad de las sociedades de capital a los administradores de la misma o incluso a sus socios, cuando aquéllas sean empleadas como meros instrumentos de la actividad comercial de sus administradores o socios para eludir la responsabilidad patrimonial de las personas físicas que la compraron, por ello la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10751) «se dice que se refiere a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en los casos de fraude o comisión de cualquier ilegalidad, que trae su origen en la técnica procesal de los jueces norteamericanos del *diregard of legal entity*, en virtud del cual se apertura la personalidad jurídica penetrando en el sustento personal de sus miembros y en aquellos casos en que la sociedad tratara de cometer abusos.»²⁰⁶*

Sentencia en el Recurso de Casación 1382/1997, de 18 de diciembre de 2001. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento del Suelo (SEPES) contra Rivero Empresa Constructora S.A (RECSA) y ALBAIDA S.A. En su recurso de casación, SEPES invocaba la doctrina del levantamiento del velo corporativo, por entender que la sentencia recurrida la había infringido, al estimar buena fe en el actuar de RECSA y ALBAIDA S.A. La Sala Primera dijo:

“El tercero y último motivo del recurso estima infringidos por la sentencia recurrida los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, en relación con la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo jurídico de las sociedades, estimando que la sentencia recurrida ha infringido tales preceptos estimando buena fe en el actuar de RECSA y Albaida, SA «cuando la valoración de los hechos relatados en este recurso y probados de los autos dice otra cosa. El motivo tampoco puede ser acogido. El motivo parte de la identidad de empresas, en el sentido de que ambas tenían el mismo administrador. Respecto al tema de la buena fe, como ha señalado la sentencia de 5 de junio de 1990, la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del juzgador de instancia, sin perjuicio de que también se refiera a un concepto jurídico que se apoya en una valoración de la conducta deducida de unos hechos cuya apreciación jurídica puede ser sometida a una revisión casacional – sentencias de 5 de julio de 1990 (RJ 1990, 5776) , 22 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7234) , 8 de junio de 1992 (RJ 1992, 5171) , 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3465) , 9 de octubre de 1993 (RJ 1993, 8174) y 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7107) –. Las sentencias de instancia se refieren expresamente a la ausencia de mala fe, porque, ni existe identidad de empresas ni fraude de acreedores, como pretende el motivo. No se ha acreditado ni que don Rafael R. V. sea accionista de ninguna de estas sociedades y, por tanto ejerza el control de ambos entes, ni que los accionistas sean los mismos en RECSA y Albaida, SA, ni que tengan el mismo domicilio. Consta en los autos que este último fijó su domicilio en Madrid en Paseo de la Habana núm. ... y RECSA, en Jerez de la Frontera y después en Sevilla, ni que tengan el mismo objeto social. La doctrina jurisprudencial citada en el motivo hace referencia a otras cuestiones, como la reunión en una sola mano de todas las acciones de una sociedad, o el supuesto de una sociedad que adquiere todas las acciones de otra. No existe la identidad de ambas sociedades, ni se ha podido acreditar y el motivo y recurso tienen que decaer por ello.»²⁰⁷

b) La persona jurídica y la elusión de deberes de naturaleza legal o contractual – Las sentencias contempladas en el presente apartado tratan sobre aquellos conflictos en los que la forma de una persona jurídica había sido utilizada por otra persona jurídica, ya desde la constitución del ente, con el fin de sustraerse a una obligación impuesta por ley o en razón de un determinado vínculo

²⁰⁶ STS, 1ª, 11.07.2003 (3592/1997; MP: José de Asís Garrote).

²⁰⁷ STS, 1ª, 18.12.2001 (RC 1382/1997; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

contractual. Realmente, aquí se está ante múltiples casos en los que el instituto de la persona jurídica es frecuentemente utilizado para soslayar deberes de naturaleza legal o contractual.

Sentencia en el Recurso de Casación 1043/2008, de 13 de octubre de 2011. Se trata de demanda de juicio ordinario promovida por don Blas y don Gerardo contra don Guillermo, don José Ignacio y Roselló & Roselló Consultores, SL. Los demandantes alegan básicamente que: a) con uno de los demandados - don Guillermo - y los hijos de todos ellos, se dedicaban a la explotación de una empresa de compraventa de vehículos de motor, sirviéndose de cinco sociedades de responsabilidad limitada - Autoescuela Artana, SL, con el objeto de gestionar una autoescuela y dedicarse a la compraventa de vehículos de motor, nuevos y usados; Autoescuela Borriol, SL, Autoescuela Moncofa, SL y Mandacars 2000, SL, con el fin de destinarlas a la enseñanza de la conducción de vehículos de motor; y Martín y Ros, SL para el alquiler y venta de vehículos de motor -, de las que eran socios ellos y sus familiares; b) que ambos demandantes - uno de ellos como fiador - habían tenido que pagar deudas de algunas de dichas sociedades, sin que el demandado don Guillermo hubiera hecho lo mismo - al menos, en igual medida; c) que don Guillermo, su hijo don José Ignacio y una sociedad constituida por ambos para prestar servicios de contabilidad - Roselló & Roselló Consultores, SL -, se habían apropiado de cantidades pertenecientes a dos de las sociedades de las que todas las personas físicas litigantes eran socias - Martín y Ros, SL y Mandacars 2000, SL. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda basándose en que no existía entre los tres socios un pacto que les obligara a aportar dinero para satisfacer las deudas sociales sobrevenidas, quien debería reembolsar a los demandantes las cantidades pagadas por ellos serían las propias sociedades deudoras; y los demandantes, no siendo socios - ni administradores - de las dos sociedades cuyos fondos habían sido objeto de la alegada apropiación, carecían de toda legitimación para reclamar la devolución - en beneficio de sus particulares patrimonios. La demanda, sin embargo, alcanzó éxito en la segunda instancia, al estimar la Audiencia Provincial el recurso de apelación de los demandantes. Se sirvió dicho Tribunal, para ello, de la técnica del levantamiento del velo y de las reglas del enriquecimiento sin causa, en cuya aplicación condenó a los tres demandados a pagar, a los demandantes, una cantidad inferior a la reclamada por ellos en la demanda. Contra la sentencia de apelación interpusieron los tres demandados recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, de los cuales sólo fue admitido este último. El Tribunal Supremo entendió por la improcedencia de la doctrina del levantamiento del velo dado que no consta que Roselló & Roselló Consultores, SL se ocultó bajo la cobertura de ninguna de las sociedades creadas por los demandantes y uno de los demandados, por lo que al final estimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial²⁰⁸.

Sentencia en el Recurso de Casación 3976/2006, de 29 de junio de 2006. La demanda se formuló por D. Octavio en el concepto de arrendador del local de negocio y en la misma se reclama el importe de las rentas adeudadas por la entidad arrendataria Aula Técnica de Opositores S.A, solicitándose su condena al pago, así como también la de su fiador solidario, además de socio mayoritario y administrador único, D. José Enrique, y la compañía mercantil Formación para la Empresa Pública y Privada, SL y su administradora Dña. Inés, éstas dos últimas con fundamento en la

²⁰⁸ STS, 1ª, 13.10.2011 (RC 1043/2008; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

doctrina del levantamiento del velo. El Juzgado de Primera Instancia dictada en los autos del juicio de menor cuantía estimó la demanda y condenó solidariamente a los cuatro demandados a pagar al actor la cantidad de 13.445.132 pesetas. La Audiencia Provincial revocó la resolución del Juzgado y absolvió a la apelante Sra. Inés. D. Octavio se interpuso recurso de casación articulado en un único motivo, en el que denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de la persona jurídica y de los arts. 6.4 y 7 del CC. En la parte que interesa, el Tribunal Supremo español declaró no haber lugar el recurso de casación porque:

“Es lógico, que, si la sociedad deudora (Aula Técnica de Opositores, S.A) fue colocada en una situación de inactividad o insolvencia, y de sus activos económicos y desaparición de hecho se benefició otra Sociedad (Formación para la Empresa Pública y Privada S.L), de modo que es ésta una auténtica continuadora de la primera, deba responder de sus deudas, en tanto que con la maniobra efectuada por los que gestionan ambas sociedades se generó una operación fraudulenta. Pero si, como sucede, Formación para la Empresa Pública y Privada, SL se desenvuelve con normalidad en el ámbito económico y jurídico, sin que haya la más mínima constancia de una posible insolvencia, no es de ver porqué se ha de penetrar en su substratum a efectos de condenar a quienes la gestionan o controlan, pues el levantamiento del velo sólo opera para perseguir el fraude, por lo que resulta irrelevante la relación que pudiere haber entre el patrimonio de dicha entidad y el de la Sra. Inés. La solución expuesta coincide plenamente con la doctrina jurisprudencial en la materia, la cual cabe resumir, en lo que hace referencia al caso, en los apartados siguientes: 1º. La doctrina del levantamiento del velo trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás (...).”²⁰⁹

Sentencia en el Recurso de Casación 2597/1998, 27 de octubre de 2004. International Business Machines, SA (IBM) acumuló, en su demanda, a una acción de condena de Sistemas y Componentes, SA (Siscomp) al cumplimiento de la contraprestación debida por la misma con causa en un contrato (que calificó como compraventa), las de condena de los administradores de la sociedad deudora y de otra, denominada Sisbarna, SL (Sisbarna), al cumplimiento solidario de la misma prestación, con fundamento en la concurrencia de los supuestos de hecho previstos, respectivamente, en los artículos 135 y 262.5, en relación con el 260.4º, del Texto de la Ley de Sociedades Anónimas y en la jurisprudencia sobre la utilización de la personalidad jurídica con fines fraudulentos. El Juzgado de Primera Instancia condenó a la compradora (como deudora contractual), a sus administradores (como responsables del daño directamente causado con el incumplimiento de la deuda a la acreedora demandante) y, también, a la otra sociedad demandada (integrante de la misma realidad jurídica que la deudora). Su Sentencia, recurrida en apelación por todos los condenados, fue confirmada por la Audiencia Provincial. Siscomp, Sisbarna y los dos administradores de la primera han recurrido en casación la Sentencia de segundo grado. El Supremo declaró no haber lugar el recurso por las dos sociedades demandadas y las dos personas físicas administradores de una de ellas. Razono así la Sala:

“La personalidad jurídica, reconocida y protegida por el ordenamiento, puede ser, como cualquier otro instrumento, utilizado para el fraude y, en tal caso, aquel no permanece impasible, por más que el remedio no pueda implicar la negación de lo que constituye una sofisticada técnica de imputación de consecuencias jurídicas, que llega incluso a admitir la existencia de sociedades unipersonales (artículos 311 del Texto refundido

²⁰⁹STS, 1ª, 29.06.2006 (RC 3976/2006; MP: Jesús Corbal Fernández).

de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) y 125 y siguientes de la Ley 2/1995, de 23 de marzo (RCL 1995, 953), de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Esta Sala, en frase muy repetida, ha penetrado en el sustrato de las sociedades para percibir su realidad, en numerosas Sentencias, pero lo ha hecho justificadamente y para evitar que la personalidad se utilice como medio al servicio de un fin fraudulento, en daño de la Ley aplicable o del interés de terceros. Son de destacar en esa dirección, entre otras muchas, las Sentencias de 15 de abril de 1992 (RJ 1992, 4422) , 12 de febrero de 1993 (RJ 1993, 763) , 16 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9100) , 14 de julio de 1994, 30 de julio de 1994 (RJ 1994, 6308) , 25 de abril de 2003 (RJ 2003, 3534) y 16 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5744) . *Dicho ello, en la Sentencia recurrida, tras valorar el Tribunal un conjunto de datos que se declararon cumplidamente demostrados (entre otros, la identidad de domicilio de las dos sociedades, la condición de accionista mayoritaria de Siscomp que ostenta Sisbarna, la identidad en lo demás de los socios, la unidad de dirección y la calificada como patente confusión de cuentas entre ellas), declaró, como se ha dicho, que Sisbarna fue creada para eludir las obligaciones de Siscomp (y de otras sociedades del grupo) y para eludir las responsabilidades patrimoniales consecuentes. Con ese supuesto de hecho, no atacado por vía adecuada, no cabe, sin hacer supuesto de la cuestión, más que considerar correctamente aplicada la doctrina que los recurrentes afirman infringida.*"²¹⁰

Sentencia en el Recurso de Casación 4237/1997, de 13 de noviembre de 2003. Una sociedad anónima demandó a la mercantil Quimicuela S.L y a los cónyuges D. Pedro Francisco y Doña Valentina, para que se les condenara a pagar una determinada suma. El Juzgado de 1ª instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la resolución del Juzgado. La Sala Primera del Supremo declaró no haber lugar al recurso de los demandados personas físicas, diciendo:

*"En efecto, lo que pretende la parte recurrente en este motivo es destruir por mala aplicación la técnica jurisprudencial del «levantamiento del velo», en que ha establecido la sentencia recurrida su «ratio decidendi». Pero ello no es posible desde el instante mismo de que no cabe la menor duda que los ahora recurrentes en casación, que forman matrimonio, contrajeron determinadas deudas actuando como administradores apoderados de una sociedad denominada Quimisuela, SL que estaba constituida por sus dos hijos, dándose la circunstancia que dicha sociedad carecía de patrimonio, y sin duda con la intención de utilizar tal ente social como mero testaferro de las referidas operaciones generadoras de deuda. Y así se infiere del factum de la sentencia recurrida –que se remite en este aspecto a la primera instancia–, el cual ha sido obtenido después de una operación hermenéutica lógica y racional. Todo lo anterior hace, que al núcleo del actual proceso le sea aplicable la técnica del levantamiento del velo utilizada por la jurisprudencia norteamericana del disregard of legal entity, a través del cual los jueces apartaron y desestimaron la personalidad jurídica de una entidad penetrando en el sustrato personal de sus miembros, en aquellos casos, en que a través de la misma se trataba de cometer abusos. Pues bien, esta figura está absolutamente entronizada en nuestro derecho, a través de construcciones jurisprudenciales y de doctrina científica, es desde luego aplicable al presente caso –como se ha hecho en la sentencia recurrida– ya que se ha simulado la constitución de una sociedad para eludir un determinado cumplimiento contractual."*²¹¹

Sentencia en el Recurso de Casación 2949/1997, de 19 de mayo de 2003. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de D. Fidel y Dña. Claudia, socios de una compañía mercantil, que habían sido demandados junto con el administrador de esta última. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en cuanto a los tres demandados. La Audiencia Provincial, estimando el recurso de apelación del actor, condenó a los tres demandados, uno de ellos en su condición de administrador de la sociedad mercantil y los otros dos en su condición

²¹⁰STS, 1ª, 27.10.2004 (RC 7042/2004; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

²¹¹STS, 1ª, 13.11.2003 (RC 8303/ MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

de socios. La Sala Primera declaró no haber lugar al recurso de casación, diciendo:

“El motivo segundo del recurso de casación se refiere a la responsabilidad de los socios codemandados D. Fidel y D^a Claudia que han sido condenados en la sentencia de instancia aplicando la doctrina del levantamiento del velo y, en este sentido, la combate alegando la infracción de la misma. Expone tal doctrina, mencionando la jurisprudencia que la ha desarrollado, en lo que no hay duda, pero al negar su aplicación al caso presente, yerra y el motivo se desestima. *Los mencionados socios lo eran de la sociedad, de los que era administrador el otro socio codemandado, y a través de la misma se le hace perder su patrimonio, que se va traspasando a otra.* Tal como dice la sentencia de instancia: "no es menos cierto que fueron todos los socios demandados y no sólo el administrador quienes utilizaron los medios legales que la personalidad jurídica les otorga para eludir el pago de la deuda contraída con aquél, creando primero una sociedad nueva que asumió la actividad empresarial de la anterior, separando al demandante de su condición de administrador y empleado de la primera, y cesando de forma voluntaria como coadministradores de aquélla en diciembre de 1991, apenas tres meses después de haber sido emplazada la misma para contestar a la demanda formulada por D. Alberto, en reclamación del crédito que ostentaba contra la sociedad, con lo que vedaba cualquier posible exigencia de responsabilidad evidenciando en suma una utilización torticera de la Ley con perjuicio de terceros, que lleva necesariamente a extender a los mismos la responsabilidad reclamada. *Cuyo relato de hechos (es inaceptable en casación la frase que se contiene en este motivo del recurso: "...sin perjuicio de los errores en la apreciación fáctica de la citada sentencia de la Audiencia...") hace derivar claramente la existencia de una ficción fraudulenta, es decir, la ficción de una persona jurídica para obtener un fin fraudulento, como eludir la responsabilidad contractual o extracontractual o aparentar insolvencia. Lo cual es precisamente el substrato fáctico para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.*"²¹²

c) Responsabilidad extracontractual – Ese apartado se ocupa de los casos en los que se hizo uso del levantamiento del velo societario para llegar a decisiones en el campo de la indemnización de daños extracontractuales. Especialmente en un caso de responsabilidad extracontractual que la clásica doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica tuvo una proyección definitiva sobre el derecho privado español con la trascendental sentencia de fecha de 28 de mayo de 1984.

Sentencia en el Recurso de Casación 4602/2000, de 19 de diciembre de 2007. Los hechos de la sentencia son los siguientes: 1º) el día 16 de enero de 1989, se estaba construyendo por la empresa Guadanuño, S.L, una nave destinada a la fabricación y reparación de remolques para D Jesús o Comercial Rubio Briceño, siendo realizados los trabajos de estructura metálica por estos. Por necesidades de la obra, el encargado de los trabajos, D Fidel, ordenó a Don Rafael que se trasladara a un andamio metálico, el cual, al hacer contacto con una línea de alta tensión, motivó su fallecimiento. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia condenando a D Fidel y a Comercial Rubio Breceño, SA a que indemnizaran solidaria y conjuntamente a Doña María Dolores, esposa del fallecido. Dada la insolvencia, o escasa solvencia, de ambos condenados, la misma parte demandó a D. Jesús para que se reconociera su responsabilidad como patrono del Sr. Fidel, desestimándose la demanda al admitirse la excepción de cosa juzgada en atención a la identidad de las personas física y jurídica. En su vista, se instó del Juzgado la ejecución de la primera sentencia, solicitando se librara mandamiento de embargo contra los bienes tanto de Comercial Rubio, como de D Jesús, lo que se negó por el Juzgado el cual admitió la posibilidad de dirigir la reclamación contra los restantes socios en aplicación de la doctrina del levantamiento

²¹²STS, 1ª, 19.05.2003 (RC 5213/2003; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz).

del velo. En ella, en su nombre y en el de su hija menor, junto con dos hijos más del fallecido, accionando en base a la responsabilidad extracontractual y a la doctrina del levantamiento del velo, reclamó idéntica indemnización de Doña Verónica y Doña Fátima, Doña Verónica (de la que desistió de la acción) y de todos los socios que finalmente lo sean de la Entidad Comercial Rubio Briceño, S.L., entendiéndose que esta sociedad y Talleres Rubio Briceño tienen el mismo objeto social, los mismos órganos de control, gestión y administración y el mismo domicilio social, tratándose de la misma empresa. La demanda es estimada en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, siendo ratificada por la Audiencia Provincial. Formulan recurso de casación independientes Doña Fátima y Doña María Rosario, cuya resolución exige examinar en primer lugar los motivos segundo a cuarto, y primero, respectivamente, en los que se viene a cuestionar la aplicación de la doctrina del velo corporativo con cita de la Disposición Transitoria Tercera, punto 1 y 2 de la Ley 19/1989, de 25 de julio (RCL 1989, 1660) , que establece la obligatoriedad de que las Sociedades Anónimas que tuviesen un capital social inferior a los diez millones de pesetas, aumentasen su capital en el tiempo establecido para ello o se transformasen en colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada; del artículo 1 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) , que establece la no responsabilidad personal de los socios de las deudas sociales, y de la jurisprudencia de esta Sala sobre la doctrina en cuestión. La Sala Primera del Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los dos recursos de casación interpuesto, teniendo en cuenta que:

*La aplicación de esta doctrina al caso, determina la desestimación de los motivos formulados. En primer lugar, la transformación de la sociedad no es un hecho que se utilice en la sentencia como exclusivo instrumento del fraude. La sentencia dice, además, que la sociedad nunca llegó a tener actividad mercantil (de lo que se desprende que no dejaba de ser una sociedad "tapadera"), y acepta los razonamientos de la primera instancia, en la que se constata que "nunca tuvo actividad, ni siquiera llegó a darse de alta en el impuesto de actividades, no habiendo tenido patrimonio, no teniendo trabajadores, no habiendo trabajado nunca para la misma Don Fidel..." y que "pese a tal falta de actividad...la entidad se transformó en Sociedad Limitada en el año 1992, y no procedió a la disolución y liquidación de la misma". En segundo, las demandadas colaboraron junto a su padre, al ser socias de la entidad de carácter netamente familiar, en la creación de tal apariencia que perjudicó a la actora. En tercero, no se ha intentado rectificar la base fáctica de la sentencia recurrida por la vía del error de Derecho en la apreciación de la prueba o de la imputación de un error patente, o de haber incidido en arbitrariedad, y con estos hechos, la Sentencia recurrida entiende y aplica correctamente la doctrina del "levantamiento del velo", tal como ha sido perfilada por la jurisprudencia de esta Sala desde el momento en que ponen en evidencia la existencia de una sociedad que está en condiciones de asumir formal y jurídicamente obligaciones, pero que incumple las contraídas cuando quiere o le resulta de interés, para dejar sin efecto, como en este caso, la responsabilidad contraída por la sociedad, en clara actitud fraudulenta y contraria a la buena fe, que es lo que se trata de evitar a fin de no defraudar los derechos de terceros."*²¹³

Sentencia en el Recurso de Casación 2198/1996, 31 de octubre de 2001. Promovida demanda por un Banco contra cuatro sociedades, en reclamación de cantidad, como consecuencia de una operación de préstamo. El Juzgado de Primera Instancia la desestimó. La Audiencia Provincial confirmó la desestimación. El recurso de casación del Banco fue desestimado por el Tribunal Supremo que certificó que no había lugar el levantamiento del velo por las siguientes razones:

²¹³STS 1ª, 19.12.2007 (RC 9048/2007; MP: José Antonio Seijas Quintana).

“Se denuncia violación por inaplicación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa (motivo segundo), en cuanto a que la sentencia recurrida no decretó la responsabilidad solidaria extracontractual de las empresas codemandadas Shell Petroleum NV, Hoechst AG y Unión Explosivos Riotinto, SA, alegándose que intervinieron como coautores inductores en la concesión del préstamo del pleito a IQA y deben responder por sus propias conductas, ya que IQA actuaba como empresa instrumental de las empresas-socios referidas, que controlaban su actuación social y económica. La impugnación casacional planteada conduce a tener en cuenta de principio que la doctrina jurisprudencial que autoriza a adentrarse en las estructuras de las sociedades que fueron demandadas (*«levantamiento del velo»*), a fin de precisar si se ha producido un mal uso de la personalidad jurídica social de IQA para causar el daño cuya indemnización reclama el Banco que recurre y con ello si dicha compañía resultaba un ente totalmente ficticio, que actuaba exclusivamente al servicio e interés de las otras codemandadas. Los hechos probados lo único que ponen de manifiesto es que efectivamente las tres sociedades de referencia tenían condición de socios de IQA, participantes por terceras partes en su capital social, pero cada una de ellas contaba con personalidad jurídica propia y definida y objeto social concreto, coincidiendo en ocasiones sus intereses, pero sin constancia acreditada de que IQA fuera una sociedad meramente instrumental, pues contaba con personalidad propia e independiente y en su ejercicio contrató el préstamo, sin que se dé el menor atisbo probatorio de que las sociedades codemandadas hubieran tenido participación activa y decisiva tanto en la fase prenegocial como en la de perfección del contrato, es decir, que ninguna intervención negocial cabe atribuir a las mismas, ni incluso cooperante como avalistas, pues el Banco no les solicitó tal garantía. De este modo la conclusión de los juzgadores de instancia de la inaplicabilidad de la doctrina del levantamiento del velo resulta acertada, atendiendo al *«factum»* que accede fijado a casación. Lo que se deja dicho determina el rechazo de la otra impugnación que se integra en el motivo referente a que a las tres sociedades demandadas les correspondía responsabilidad extracontractual refleja por acto ilícito de tercero, una vez que se deja sentado la diferenciación que correspondía a dichas compañías, por resultar ser independientes y autónomas.”²¹⁴

d) Infracapitalización material y descapitalización societaria – Los casos de infracapitalización material se configuran cuando una sociedad se constituye con un patrimonio insuficiente para cumplir con los fines presentes; y los casos de descapitalización, cuando los socios llevan a cabo ciertos actos que hacen que disminuya ilegítimamente, y con fines fraudulentos, el patrimonio de la sociedad de la cual integran. Se incluye en ese apartado, los casos de aplicación del levantamiento del velo que se justifican por la presencia de una de las dos razones descritas.

Sentencia en el Recurso de Casación 1918/2005, de 11 de febrero de 2005. Los hechos fueron descritos del siguiente modo por la Sentencia del Tribunal Supremo:

“La temática litigiosa constituye un incidente del juicio ejecutivo núm. 338 de 1993 en el que figura como ejecutante Construcciones Miguel Peña, SA y como ejecutada la entidad mercantil Imaginate, SA, y en el que se embargó a esta entidad, entre otros bienes, la vivienda sita en la Avda. de Madrid, números 34, 36 y 38, escalera A, piso 5º E, con plaza de garaje número 14 y trastero número 2. Dña. Margarita planteó tercera de dominio a fin de alzar el embargo con base en que había adquirido el objeto trabado en documento público firmado el 3 de mayo de 1993 por un precio de diez millones doscientas cincuenta mil pesetas, de las que tres millones quinientas mil pesetas se pagaron al contado y el resto se imputó a la subrogación en la hipoteca existente con un montante de seis millones setecientas cincuenta mil pesetas. Imaginate, SA no compareció, pero Construcciones Miguel Peña, SA se opuso a la demanda, y, además, reconvinó solicitando se declare la inexistencia de contrato litigioso por nulidad absoluta, simulación o ilicitud de causa, y subsidiaria o alternativamente la revocación o

²¹⁴STS, 1ª, 31.10.2001 (RC 9639/2001 ; MP: Alfonso Villagómez Rodil).

rescisión del contrato por fraude de acreedores, disponiéndose en cualquier caso la nulidad y cancelación de la inscripción registral, y condenándose a Dña. Margarita y a la codemandada Imagine, SA a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.”

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la reconvencción por concurrir la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, pero también desestimó la demanda por entender que la venta era simulada y perseguía únicamente proteger los intereses familiares constituyendo un mero instrumento para la descapitalización de Imagine, SA, por lo que aprecia la excepción de nulidad del título. La anterior resolución fue revocada por la Sentencia de la Audiencia Provincial en la que se estima el recurso de apelación de Dña. Margarita, declarando que los inmuebles embargados, descritos en el hecho segundo de la demanda, son propiedad de la actora, por lo que ordena se alcen y dejen sin efecto las anotaciones de embargo practicadas en el juicio ejecutivo 338/93. La Sentencia se complementó con el Auto de 22 de mayo siguiente que corrigió dos expresiones de la fundamentación jurídica que hacían prácticamente ininteligible su texto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado, la cual desestimó la demanda y la reconvencción:

“Los hechos declarados probados en la Sentencia del Juzgado, y que resultan meridianamente de las actuaciones, revelan de modo incuestionable la conclusión a que llegó el juzgador de la primera instancia; es decir, que el contrato de compraventa se formalizó con una finalidad defraudatoria, pretendiéndose únicamente crear la apariencia de una situación ficticia con el objeto de imposibilitar que la ejecutante Construcciones Miguel Peña, SA pudiera obtener la realización del inmueble a fin de obtener la satisfacción de su crédito. Y a tal efecto valora dicho juzgador: a) La estrecha relación familiar -hermanos- entre Dña. Margarita -a la sazón compradora y tercerista- y D. Ángel Jesús, titular del 95% de las acciones de Imagine, SA -sociedad vendedora, y parte ejecutada en el procedimiento ejecutivo, del que es incidente la tercería de dominio-; b) Las dificultades económicas por las que atravesaba Imagine, SA; c) La infravaloración del inmueble, pues según tasación pericial tiene un valor superior en un treinta por ciento del escriturado; d) La falta de prueba de pago por la compradora de la parte del precio fijado en dinero, cuya carga le incumbe según reiterada jurisprudencia (SS., entre otras, 29 diciembre 2000, 28 junio 2002, 25 septiembre 2003, 4 octubre 2004); a lo que debe añadirse que no existe la más mínima constancia acerca de que Imagine, SA haya recibido esa suma, ni, en su caso, del hipotético destino que le dio; y, e) El evidente conocimiento por D. Ángel Jesús de la diligencia de ejecución acordada por el Juzgado. Afirma Dña. Margarita que no se ha acreditado ni consta en autos que el vendedor tuviera conocimiento del embargo en el momento en que se otorga la escritura pública de compraventa el día 3 de mayo de 1993, sin embargo, y a pesar de que tal alegación no cambiaría lo que constituye un acervo probatorio sólido para sustentar la convicción judicial, en cualquier caso, el juzgador de primera instancia explica con claridad el fundamento de su apreciación, en relación con el hecho de que la diligencia de requerimiento y embargo tuvo lugar el mismo día expresado de 3 de mayo a las nueve horas y que incluso el 30 de abril inmediato anterior se practicó una primera diligencia de busca en el domicilio de D. Ángel Jesús, que por ausencia del mismo se entendió con un vecino del inmueble, y de todo ello hay plena constancia en las actuaciones a los folios 151 y 152 y 245. A lo dicho, y como corolario, aun cabría añadir que la situación de la empresa, la realidad de la deuda (letra de cambio de diez millones ochocientos treinta y ocho mil setecientos sesenta y siete ptas.. vencida el 28 de febrero de 1993) y la inminencia del apremio constituyen datos evidentes para considerar razonable la apreciación de la resolución apelada. Y por todo ello resulta acertada la desestimación de la demanda de tercería por resultar inexistente el título de dominio, al carecer el invocado de causa contractual por falta del precio (arts. 1261.3º,

1262, p. segundo, 1274, 1275 y 1445 CC [LEG 1889, 27] .”²¹⁵

Sentencia en el Recurso de Casación 5897/2004, de 30 de septiembre de 2004. Los hechos quedaron así descritos en la propia sentencia del Supremo:

“Se ejercita por Almacenes Cámara, SA acción en juicio declarativo de menor cuantía, en reclamación de cantidad por los distintos suministros de material efectuados a Villagonzalo, SA, con anterioridad a 5 de abril de 1990 (dirigiendo la acción contra ésta al amparo de los artículos 1254 y siguientes del Código Civil [LEG 1889, 27]); contra el administrador de la misma Don Agustín y contra su apoderado Don Valentín (acción fundada en el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas [RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206]) y contra Connavi-2, SA, Don Benito, Don Luis Antonio, Don Luis y Don Gabriel (acción fundada en el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas y doctrina jurisprudencial sobre levantamiento del velo por fraude de Ley, enriquecimiento injusto y abuso de derecho). En definitiva, se ha estimado parcialmente la demanda en el sentido de absolver de la misma al demandado Don Valentín y condenar mancomunadamente a los demás codemandados al pago a la sociedad actora de la cantidad de 7.250.000 pesetas, más el interés pactado. Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos únicamente ha formulado recurso de casación el demandado Don Benito, al que ha formulado oposición la sociedad actora.”

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, diciendo:

“El dominio del accionariado que los demandados citados a través de la mercantil citada, tuvieron de Villagonzalo, SA y de su acción como gestores de la misma, recogidos en la sentencia de instancia con singular acierto; la inexistencia de independencia de hecho de las dos compañías mercantiles citadas – Connavi-2 SA y Villagonzalo SA– pericialmente contrastado; la inexistencia de obligaciones de una para con otra por el uso de inmuebles propiedad de la otra, sin causa o justificación de ninguna clase mínimamente admisible en derecho; los actos de disposición de los bienes de una sociedad a favor de la otra o de alguno, algunos o la mayor parte de los socios de la otra: la descapitalización de hecho de la primitiva Villagonzalo, SA, cuyo patrimonio se ha volatizado después de aparecer enajenaciones de sus preciados inmuebles; el dato de que los demandados, directamente o por medio de Connavi-2, SA, sin causa legal que lo justifique, gestionasen actuaciones de Villagonzalo, SA y llegasen a avalar adquisiciones de mercaderías cuando la situación de ésta no lo justificaba como empresa independiente y sin posibilidades económicas; o el hecho de que cambiales aceptadas por Villagonzalo, SA fuesen no solo domiciliadas en una cuenta perteneciente a Connavi-2, SA, sino que, sin razón legal alguna, llegasen a ser abonadas; son todas razones *que avalan el acertado criterio de la juzgadora de instancia de levantar el velo de ambas sociedades mercantiles y comprobar que Villagonzalo, SA no era sino una cáscara vacía, una tramoya sin nada distinto detrás o dentro diferente de los demandados quienes, por ello, y de acuerdo con la doctrina antes expuesta y la que lo fue en la instancia, deben responder de unas deudas supuestamente sociales, pero realmente particulares.*”²¹⁶

Sentencia en el Recurso de Casación 412/2004, de 11 de diciembre de 2003. El recurso de casación formulado por la parte codemandada en la instancia y condenada por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Fovines Industrial, SA y D. Luis Carlos, se dirige contra la condena a reintegrar al demandante D. Vicente la cantidad a que había sido condenada Fobinex, SA a pagar en sentencia firme. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar, entre otros, al recurso de

²¹⁵STS, 1ª, 11.02.2005 (RC 1918/2005; MP: Jesús Corbal Fernández).

²¹⁶STS, 1ª, 30.09.2004 (RC 5897/2004; MP: Clemente Auger Liñán).

casación formulado por una de las codemandadas, condenada por la Audiencia. La parte más interesante del estudio de la sentencia sigue luego abajo:

“El segundo de los motivos del mismo recurso de casación se formula al amparo del núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil sin citar norma infringida, aunque en el desarrollo del motivo menciona sentencias de esta Sala; se refiere este motivo a la doctrina del levantamiento del velo. las sentencias de instancia estiman que, aplicando esta doctrina, se hace responsable «Fovines Industrial, SA» de la deuda que tenía contraída y declarada en sentencia firme «Fobinex, SA», por la actuación, en nombre de las dos, de D. Luis Carlos. Lo cual se mantiene por esta Sala, sin que a ello obste argumento alguno empleado en este motivo por la parte recurrente. en primer lugar, porque no procede en casación intentar variar el supuesto fáctico declarado en la sentencia de instancia, haciendo supuesto de la cuestión (sentencias de 9 de mayo de 2002 [RJ 2002, 4051] , 13 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 8556] , 21 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 10268]); en segundo lugar, porque no puede en casación atribuir la responsabilidad a otro codemandado, como hace este motivo respecto a quien que había sido administrador, declarado en rebeldía y absuelto en la instancia (sentencias de 7 de julio de 2000 [RJ 2000, 5928] , 22 de febrero de 2001 [RJ 2001, 2610] y 27 de febrero de 2003 [RJ 2003, 2515]); *en tercer lugar, porque el caso coincide plenamente con la doctrina del levantamiento del velo, cuya jurisprudencia es muy reiterada y pretende evitar que la personalidad jurídica sea un medio de conseguir un fin fraudulento, como, en el presente caso, la creación de una sociedad que ocupa el lugar de otra –con el mismo administrador, el mismo domicilio y la misma actividad– provocando la insolvencia de ésta y evitando el cumplimiento de la obligación de pago de una deuda (sentencia de 28 de mayo de 1984 [RJ 1984, 2800] , 16 de julio de 1987 [RJ 1987, 5795] , 24 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6194] , 12 de febrero de 1993 [RJ 1993, 763] , 15 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7267] y otras muchas posteriores, que mantienen la doctrina.*”²¹⁷

e) La sociedad unipersonal – Aquí están las sentencias sobre el levantamiento del velo a una sociedad constituida por un único socio (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital – BOE nº 161, de 03.07.2010).

Sentencia en el Recurso de Casación 1564/2006, de 03 de noviembre de 2010. Se puede resumir los hechos de caso de la siguiente manera a continuación:

“D. Leon tenía encomendado el mantenimiento eléctrico de las instalaciones de FERRO SPAIN. El contrato de servicios era verbal. D. Leon empezó prestando sus servicios como empleado de la empresa demandada, más adelante, como trabajador autónomo y después a través de una comunidad de bienes. En diciembre de 2001 creó la sociedad ELECTRICIDAD PUNTOCID, S.L.U., mediante la que se vinieron prestando los citados servicios de mantenimiento eléctrico. D. Leon es administrador y socio único de la sociedad. A partir de un momento determinado, FERRO SPAIN reorganizó las divisiones de la empresa y al requerirse menos servicios de mantenimiento, se limitaron los trabajos de PUNTOCID a una de las secciones. D. Leon demandó a FERRO SPAIN pidiendo que se declarara que ésta había resuelto el contrato de forma unilateral y que debía indemnizarle por este hecho en concepto de daños y perjuicios consecuencia de la resolución. FERRO SPAIN contestó la demanda, oponiéndose a ella. La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia desestimó la demanda por estimar la excepción de falta de legitimación activa. Recurrió el demandante en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso. Desestima la excepción de falta de legitimación activa, revocando la sentencia de 1ª instancia. Aplica la doctrina del levantamiento del velo para decir que se puede reproducir la doctrina acerca de "la penetración en la realidad económica de la personalidad jurídica en pos de aflorar "ad extra" la verdad material subyacente cuando la misma se encubre con el formalismo de ficción de la

²¹⁷STS, 1ª, 11.12.2003 (RC 412/2004; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz).

apariencia societaria o la conocida como del levantamiento del velo[...]."

Ante todo lo expuesto, el Egregio Tribunal Supremo de España se pronunció en el sentido de que:

*"La sentencia recurrida utiliza la técnica del levantamiento del velo para justificar su decisión. A tal efecto, debemos reiterar la doctrina de esta Sala, expuesta en sentencias de 19 septiembre 2007, 28 febrero 2008 (RJ 2008, 4034) y 10 octubre 2010, entre otras. En ellas se considera que dicha técnica es un instrumento "[...] que se pone al servicio de una persona física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia [...]". En definitiva, como dice la sentencia de 28 enero 2005 (RJ 2005, 1829), supone un procedimiento "[...] para descubrir, y reprimir en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan". Precisamente nos encontramos ante el caso contrario, en que el propio socio pretende que su sociedad no valga a los efectos de la legitimación activa porque hay que tener en cuenta que la aplicación de la teoría del levantamiento del velo refuerza precisamente la falta de legitimación, porque se aplica a sociedades que compiten en el mercado, no a los sujetos individuales que forman la empresa como socios."*²¹⁸

Sentencia en el Recurso de Casación 1895/1996, 24 de septiembre de 2001. El Juzgado de Primera Instancia había estimado la demanda de Don Mariano contra Inmobiliaria Mesmón, condenando a ésta al pago de una determinada cantidad. La Audiencia, estimando el recurso de apelación de la sociedad demandada, desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declaró con lugar al recurso del actor, confirmando parcialmente la sentencia del Juzgado. La diferencia radicaba en una pequeña cantidad de dinero. La propia sentencia del Supremo describe así los antecedentes:

"Por otra parte, la sentencia recurrida en casación funda su pronunciamiento desestimatorio de la demanda con la siguiente argumentación: Todo lo dicho (se está refiriendo al ejercicio de la acción individual de responsabilidad de los administradores, aclaramos) gira en torno a un hecho básico, cual es el que exista un administrador, nombrado y esto es el problema fundamental con que se encuentra la presente demanda, puesto que –como se reconoce en ella– la sociedad anónima demandada nunca ha sido nombrada administrador de la sociedad Ibitrans, aun cuando pueda admitirse que como consecuencia de la adquisición de todas las acciones por la sociedad demandada, esto no la convierte en administrador de la misma y, consecuentemente, en responsable de los daños y perjuicios que pueda ocasionar a terceros. Resulta acreditado y no controvertido en autos que por contrato de fecha 31 de julio de 1991, Inmobiliaria Mesmón, SA compró a los miembros de la familia P. las acciones de que éstos eran titulares en diferentes sociedades anónimas, entre ellas, la totalidad de las que representaban el capital social de Ibitrans, SA, pasando, en consecuencia, a ser Inmobiliaria Mesmón, SA socio único de Ibitrans, SA."

El Supremo dijo en su sentencia:

Por la adquisición de la totalidad de las acciones de Ibitrans, SA por Inmobiliaria Mesmón, SA convirtiéndose en socio único y suponiendo los pactos concertados la remoción de los anteriores administradores al asumir la compradora la «gestión» de Ibitrans, SA, y no haber designado persona física que asumiese el cargo de administrador, ha de considerarse a Inmobiliaria Mesmón, SA como administradora de facto de Ibitrans, SA ya que no resulta posible la existencia de una sociedad anónima sin la de los órganos sociales previstos con carácter

²¹⁸ STS, 1ª, 03.11.2010 (RC 8018/2010; MP: Encarnación Roca Trías).

imperativo en la Ley reguladora de las mismas.(...) Asumida por esta Sala la instancia por mandato del art. 1715-1-3º de la LECiv, procede la confirmación de la sentencia de primera instancia en cuanto condena a Inmobiliaria Mesmón SA a abonar al actor la cantidad reclamada en la instancia, según lo razonado en el anterior fundamento jurídico de esta resolución y aceptando en lo pertinente los fundamentos de aquella sentencia en cuanto desestima las excepciones alegadas en la contestación a la demanda, tiene como probada la existencia de la deuda y el incumplimiento por Mesmón, SA, como administradora, si bien de hecho, de Ibitrans, SA de las obligaciones impuestas por la disposición transitoria 3ª de la Ley de Sociedades Anónimas.”²¹⁹

Sentencia en el Recurso de Casación 1887/1995, 28 de marzo de 2000. La propia sentencia dictada por el Tribunal Supremo resume así los términos del conflicto:

“Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que se declarase la nulidad del contrato de arrendamiento de fecha 31 de diciembre de 1992 suscrito entre «Comercial Oil, SA» y «Oil 2000, SL»; se condenase a «Oil 2000, SL», a reintegrar y devolver a «Comercial Oil, SA», todos cuantos bienes y derechos le fueron cedidos con motivo de dicho contrato de arrendamiento; se condenase a «Oil 2000, SL» a rendir minuciosa y detallada cuenta de la explotación de la Estación de Servicio núm. 15.716, sita en Paseo Valldaura núm. ..., de Barcelona, desde el 31 de diciembre de 1992, hasta el reintegro, con abono del saldo más intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial; se declarase la responsabilidad de María Angeles C. P. como administradora de la entidad «Comercial Oil, SA», condenándola a indemnizar a esta sociedad y al actor por los daños y perjuicios, a determinar en ejecución de sentencia; se decretase el cese de María Angeles C. P. como administradora de «Comercial Oil, SA», inhabilitándola para el ejercicio del cargo; y se condenase a los demandados al pago de las costas.”

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad del contrato de arrendamiento, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, y condenando a Oil 2000 S.L a reintegrar a Comercial Oil S.A cuantos bienes y derechos le fueron cedidos con motivo del contrato, con los frutos derivados de la explotación de la estación de servicio en cuestión. La Audiencia desestimó el recurso de apelación de los demandados. El Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación que los demandados habían interpuesto, diciendo en lo que interesa al estudio:

“Debe, sin embargo, recordarse, que la indebida «autocontratación» que la sentencia establece se apoya en que la unipersonalidad del contratante no queda destruida por el simple hecho de cubrir sus intereses con el velo de una personalidad jurídica diversa. En el caso, los datos de hecho que recoge la sentencia de primera instancia, aceptados por la recurrida son abrumadores: resulta probado, que la demandada María de los Angeles C. P. es socia mayoritaria, con el sesenta y tres con cuarenta y dos por ciento (63,42%) de las acciones, correspondiendo el treinta y seis con cincuenta y ocho por ciento (36,58%) al actor José Manuel S. C., de la entidad «Comercial Oil, SA», ostentando, además, la demandada el cargo de administradora única de la mencionada sociedad, en virtud de los acuerdos adoptados en la Junta General de Accionistas celebrada el 22 de abril de 1991, elevados a públicos en escritura de 22 de mayo de 199 [sic]; que la demandada María de los Angeles C. P. es socia constituyente, administradora única, y titular de noventa y nueve de las cien participaciones en que se divide el capital social de la entidad «Oil 2000, SL», constituida en escritura de fecha 15 de junio de 1992; y que ambas sociedades, «Comercial Oil, SA», y Oil 2000, SL», tienen su domicilio en Paseo Valldaura núm. ... de Barcelona, y por objeto social la explotación de estaciones de servicios de aquellos otros servicios que son complemento del objeto principal. Por tanto, razona, atendido el elemento subjetivo interno de la entidad «Oil 2000, SL», integrado casi exclusivamente por la demandada María de los Angeles C. P., que no

²¹⁹ STS, 1ª, 24.09.2001 (RC 7489/2001; MP: Pedro González Poveda).

puede ser opuesta su distinta personalidad jurídica, siempre que sea preciso para evitar el abuso de esa independencia, de acuerdo con el artículo 7.2 del Código Civil, en daño ajeno o de los derechos de los demás, entre ellos el demandante José Manuel S. C., quien es ajeno, o tercero, en relación a la mencionada entidad, entendiéndose en consecuencia, en el ejercicio de la acción de nulidad, que el contrato de arrendamiento de fecha 31 de diciembre de 1992, se celebró por la demandada María de los Angeles C. P., actuando al propio tiempo, como legal representante de la arrendadora «Comercial Oil, SA», y como arrendataria, por medio de la ficción jurídica de la entidad «Oil 2000, SL», ficción que, según lo expuesto, debe decaer por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, fundada en razones de equidad y el acogimiento del principio de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil, que debe imperar en el ejercicio de los derechos, dándose en definitiva la autocontratación en la celebración del contrato de arrendamiento discutido. De ello se infiere que las consecuencias jurídicas a que llega la sentencia recurrida acerca de la evidente y total confusión de esfuerzos entre los intereses del socio único y la sociedad y la existencia de un claro abuso de personalidad jurídica, son plenamente acordes y respetuosos con la jurisprudencia que se cita.”²²⁰

f) Grupos de empresas, empresas vinculadas, dependientes o instrumentales - El levantamiento del velo también se vincula a los casos de una sociedad integrante de un grupo de empresas. El grupo de empresas puede ser definido como un conjunto de sociedades comerciales que, conservando cada una su personalidad jurídica, están sometidas a una dirección económica unificada ejercida por otra sociedad. En seguida, se presentan algunos casos civiles en los que la idea de grupo de empresas, empresas vinculadas, dependientes e instrumentales estuvo presente.

Sentencia en el Recurso de Casación Recurso de Casación 1802/2006, de 1 de marzo de 2011. La actora doña María del Pilar interpuso demanda de juicio ordinario contra su esposo don Gumersindo y la entidad Colina de Archanda S.L., posteriormente ampliada contra Lonieto S.L., por la que solicitaba declaración de que la aportación inmobiliaria efectuada por don Gumersindo a la entidad Colina de Archanda S.L. es un acto radicalmente nulo por ser simulado e inexistente, así como que se declare que la compraventa otorgada por Lonieto S.L. -como vendedora- y Colina de Archanda S.L. -como compradora- don Ramón Blesa constituye un negocio jurídico radicalmente nulo. Los demandados se opusieron a tales pretensiones. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la cual desestimó la demanda con imposición de costas a la parte actora. Ésta recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso y, acogiendo la demanda. Contra dicha resolución ha recurrido por infracción procesal y en casación la representación procesal de los demandados don Gumersindo, Lonieto S.L. y Colina de Archanda S.L. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Provincial. Razonó así la Sala 1ª:

“La sentencia recurrida concluye afirmando (fundamento de derecho segundo, párrafo penúltimo) que, ante la crisis sufrida por el matrimonio que era a quien, en definitiva, pertenecían los bienes objeto de los negocios jurídicos de que se trata, estamos en presencia de actos fraudulentos encaminados a perjudicar a la demandante. Para ello se refiere a la doctrina del levantamiento del velo y, con cita de la sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1999 (RJ 1999, 654) , afirma que concurren en el caso todos los requisitos para aplicar la referida doctrina ya que: a) Existe una sola persona -el demandado Sr. Gumersindo - que domina absolutamente dos sociedades; b) Entre dichas sociedades se producen operaciones vinculadas; y c) Dichas operaciones carecen de toda justificación económica y jurídica. Ya en el párrafo cuarto del mismo fundamento jurídico segundo se decía que tales negocios de transmisión se producen sin ningún género de justificación

²²⁰ STS, 1ª, 28.03.2000 (RC 1783/2000; MP: José Almagro Nosete).

económica ni jurídica y no se alcanza -ni las partes explican- los motivos o causas en virtud de las cuales unos bienes que se encuentran titulados en una sociedad pasan a formar parte de otra, con el consiguiente desembolso fiscal y gastos de gestión que ello comporta. Además, el artículo 6.3 del Código Civil dispone que son nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, y los artículos 1377 y 1378 del mismo Código prohíben a uno solo de los cónyuges realizar actos de disposición sobre los bienes gananciales. Siendo incontestable la realidad de los datos expresados, lógico es concluir que la doctrina del levantamiento del velo ha sido correctamente aplicada por la Audiencia en el caso presente por cuanto tal doctrina trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás (sentencias, entre otras, 17 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10751) , 22 y 25 de abril de 2003 , 6 de abril de 2005 y 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2812)), evitando que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento (sentencias 17 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8046) ; 3 de junio y 19 de septiembre de 2004 ; 16 de marzo y 30 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4244)). Por todo ello, el motivo se desestima.”²²¹

Sentencia en el Recurso de Casación 163/2004, de 03 de abril de 2009. El único motivo del recurso de casación se dirige a combatir el pronunciamiento absolutorio de uno de los codemandados, MUSIC HOLL SL, con cita de los artículos 7.1 (Principio de buena fe); 6.4 (Prohibición de fraude) y 7.2 (Abuso de derecho), en relación todos ellos con los artículos 1101 o 1902, del Código Civil. Los hechos son los siguientes: Recreativos Arenal SL vende a Automáticos Orenes SL, 83 máquinas recreativas del Tipo B, incluyendo en el contrato una cláusula según la cual "en cuanto forma parte intrínseca del objeto del presente contrato el mantenimiento de la explotación, el vendedor se comprometa a no concurrir en el futuro con el comprador en aquellos establecimientos donde en la actualidad se encuentren instaladas las máquinas recreativas. El incumplimiento de esta cláusula dará lugar a indemnizar al comprador en concepto de daños y perjuicios por un importe de cuatro millones de pesetas por cada máquina recreativa a la que afectare. La sentencia declara probado que la vendedora incumplió el contrato "habiendo instalado en su lugar máquinas que pertenecen a la entidad MUSIC HOLL SL, por lo que el hecho dañoso se ha producido, condenándola, junto con el Administrador de la Sociedad, Don Romualdo, a que paguen a Automáticos Orenes SL 48.000.000 pesetas, con absolución de MUSIC HOLL de la demanda formulada por dicha entidad, recurrente en casación. Dice la sentencia-tienen el mismo objeto social y comparten domicilio y Administrador, complementándose y guardando una especial relación, aunque tengan patrimonios distintos, no descartando " de forma categórica que no existan al menos en parte socios comunes a ambas empresas". Es también hecho probado que la entidad RECREATIVOS se valió de la entidad MUSIC HOLL como medio de impedir que continuara la entidad apelante con la explotación de las máquinas, actuando con mala fe y abuso del derecho, pues el administrador de la misma conocía que con ello se incumplía el contrato y se causaba un perjuicio, lo que logró mediante la utilización de la otra sociedad...". Con estos datos, entiende que MUSIC HOLL no tenía obligación ni relación jurídica alguna con Automáticos Orenes " por lo que ninguna responsabilidad contractual ha incumplido y por ende ninguna condena procede para la misma que se ha limitado a servir de instrumento para conseguir lo que estaba vedado a la entidad RECREATIVOS por el contrato"; entidad a la que imputa haber actuado "con abuso de derecho y fraude de ley, de conformidad con lo establecido en el art 7 del CC. El Tribunal Supremo declaró haber lugar haber lugar el

²²¹ STS, 1ª, 01.03.2011 (RC 456/2001; MP: Antonio Salas Carceller).

Recurso de Casación, pues:

“La vinculación entre una y otra entidad es un hecho que no solo no se discute, sino del que la sentencia sitúa a MUSIC HOLL como sociedad instrumental para causar el daño que impidió a la entidad recurrente la instalación de las máquinas, y función del Juzgador era "levantar el velo jurídico" para evitar que bajo la mera apariencia, el formalismo o la ficción, se produjera, lo que se produjo, es decir, un claro y evidente abuso del derecho y consumación de un fraude, con grave perjuicio de los intereses legítimos de la compradora, protegidos por la buena fe que ha de informar la contratación, y que imposibilitaron el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas en cuanto a la no concurrencia. Y es evidente que el ordenamiento jurídico no permite que estimada la existencia de una vinculación esencial y determinante entre ambas sociedades, se condene a una de ellas y al administrador de ambas por fraude, abuso y mala fe y deje al margen de una condena a la sociedad que sirve de instrumento para cometer el fraude, lo que en otro orden jurisdiccional hubiera tenido una respuesta inmediata y menos compleja que la que se maneja en esta vía cuando se utiliza la forma societaria de forma desviada y fraudulenta.”²²²

Sentencia en el Recurso de Casación 6561/2005, de 29 de julio de 2005. Ante el Juzgado de Primera Instancia interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, la compañía mercantil Will Power, SA, contra la compañía Empresa Nacional de Transportes de Viajeros por Carretera (ENATCAR), en reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia en la que desestima parcialmente la demanda, y condenando la demandada al pago a la actora de la suma de 28.036.368 pesetas, con sus intereses legales desde la fecha de esta sentencia y sin hacer pronunciamiento sobre costas. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación la Empresa de Transportes de Viajeros por Carretera (Enatcar). La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. La Empresa Nacional de Transporte de Viajeros por Carretera, ENATCAR formalizó recurso de casación. El célebre Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. Acerca del levantamiento del velo corporativo, se manifestó en el sentido de que:

“Su recurso de casación contra la sentencia de condena descansa en un único motivo, sobre la base que proporciona el artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 (LEG 1881, 1), y consiste en la supuesta infracción de la jurisprudencia sobre el levantamiento del velo de las personas jurídicas. El motivo se argumenta de la siguiente manera. D. Imanol, señalado como propietario efectivo de las empresas explotadas por el grupo de sociedades en que están integradas cedente y cesionaria del referido crédito, consta como implicado en una estafa sufrida por la recurrente por importe de más de trescientos millones de pesetas, lo que lleva a ésta a concluir que es evidente que D. Imanol, utilizando su entramado de empresas, persigue la consecución de unos objetivos que no podría alcanzar si actuase en el tráfico mercantil en su propio nombre, pues, si así fuera, difícilmente podría pretender cobrar el crédito que ahora reclama, cedido a una de sus sociedades. El motivo debe ser desestimado. En efecto, como declaró la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, los grupos de sociedades no son por sí solos constitutivos de fraude y la recurrente no ofrece argumentación que justifique considerar que la alegada deuda de D. Imanol sea precisamente de la sociedad actora. Además, la técnica cuya aplicación pretende la sociedad condenada carecería de utilidad, en todo caso, al estar permitido, en ciertos supuestos y con determinados límites, que el deudor oponga al cesionario del crédito la compensación que le correspondería contra el cedente (artículo 1198 del Código Civil [LEG 1889, 27]). Compensación que el Tribunal de apelación ha excluido, por no concurrir los requisitos precisos para la neutralización de las deudas.”²²³

²²²STS, 1ª, 03.04.2009 (RC 1759/2009; MP: José Antonio Seijas Quintana).

²²³STS, 1ª, 29.07.2005 (RC 6561/2005; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

Sentencia en el Recurso de Casación 8079/2003, de 19 de noviembre de 2003. GRANZPLAST, SA, demandó por las normas del juicio declarativo de menor cuantía a TEPERCA, SL, a D. Cosme, a D. Alonso y a MANIPULADOS GARCIA, SL, solicitando que los demandados fuesen condenados solidariamente a pagar a la actora la suma de 6.265.524 pesetas que le adeudaba la codemandada TEPERCA, SL en razón de varios suministros de mercancías. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, pues condenó sólo a TEPERCA SL y absolvió libremente de las pretensiones contra ellos formuladas a MANIPULADOS GARCIA y a D. Alonso. La absolución en que no había pruebas de que TEPERCA, SL fuese una sociedad que careciese de realidad y consistencia y actuase como instrumento o testafarro de otra. Apelada la Sentencia por la actora, la Audiencia desestimó el recurso de apelación. Contra la Sentencia de la Audiencia ha interpuesto recurso de casación la actora GRANZPLAST, SA, amparándose todos los motivos en el art. 1692.4º del CC. El Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte el recurso de casación interpuesto. Sobre el levantamiento del velo, la Sala Primera dijo que:

“El motivo tercero acusa infracción de la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en relación –se dice– a sociedades interpuestas, o sociedades cuya apariencia formal no puede ocultar la realidad de una única pertenencia, contenida en las Sentencias que cita, aplicándose aquella doctrina en relación con el art. 2 Código Civil (LEG 1889, 27) . En el supuesto litigioso, dice la fundamentación del motivo, la voluntad de la sociedad controlada (TEPERCA, SL) es la voluntad de la sociedad dominante (MANIPULADOS GARCIA, SL), y estará dirigida a satisfacer intereses ajenos a ella, los de su sociedad dominante. A continuación de estas declaraciones, se resaltan los aspectos relevantes de orden fáctico para estimar aplicable la doctrina del levantamiento del velo al caso de sociedades interpuestas, que son las que más directamente se identifica esta controversia, que conduce a la conclusión de que en realidad la actuación es de una sola identidad y unidad económica. La respuesta casacional que ha de darse a este confuso motivo, en el que desordenadamente se mezclan citas doctrinales y jurisprudenciales sobre el «levantamiento del velo» de las personas jurídicas y los efectos frente a terceros de grupos de empresas, ha de ser la de que, efectivamente, en el caso de autos existen dos sociedades de responsabilidad limitada independientes jurídicamente, pero una de ellas no es autónoma frente a la otra (TEPERCA SL frente a MANIPULADOS GARCIA, SL), ya que esta otra es la que dirige y controla, además de ser titular de 400 participaciones de las quinientas que componen su capital social. MANIPULADOS GARCIA, SL no puede escudarse en el hermetismo y aislamiento de la personalidad jurídica de sus elementos componentes para obviar toda responsabilidad por la actuación frente a terceros de la sociedad controlada TEPERCA, es decir, por su propia actuación dado su control, y por ello debe responder ante la insolvencia de ésta frente a los acreedores cuando la ley la imponga al administrador de TEPERCA, SL, al cual no se puede absolver, sin embargo, por no haber recurrido la Sentencia de la Audiencia, y pronunciar su absolución, infringiría el principio prohibitivo de la «reformatio in peius», con el consiguiente perjuicio a la recurrente. Por todo ello el motivo se estima parcialmente.”²²⁴

g) Tercerías de dominio – En otros casos el levantamiento del velo ha sido invocado porque una de las partes, haciendo uso del instituto de la persona jurídica como un recurso meramente instrumental, simula un derecho de propiedad respecto de un bien que le ha sido embargado en otro procedimiento judicial, ofreciendo a la autoridad judicial una mera apariencia tanto de ajenidad sobre la deuda que originó la traba como de propiedad respecto del bien trabado.

Sentencia en el Recurso de Casación 471/2002, 17 de diciembre de 2008. La entidad mercantil ALUESPE

²²⁴STS, 1ª, 19.11.2003 (RC 8079/2003; MP: Antonio Gullón Ballesteros).

S.L interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía frente a "CRISTALERIA HERRERA, S.A y ALGAGO IBERICA, S.A y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia declarando que los bienes objeto del embargo efectuado en fecha 19 de febrero de 1996 y relacionados en el cuerpo del presente escrito, pertenecen a la actora, y ordenar se alce el embargo trabado, imponiendo las costas a los demandados. CRISTALERIA HERRERA, S.A. contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación suplicando al Juzgado dicte en su día sentencia por la que se desestime en su totalidad la demanda interpuesta, con imposición de costas a la parte actora. Se declaró en rebeldía a la codemandada ALGAGO IBERICA, S.A. por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos. El Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda de tercería de dominio. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada. Interpuesto Recurso de Casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Dijo la Primera Sala del TS:

“El tercero de los motivos del recurso de casación, también al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) , denuncia infracción del artículo 7.2 del Código civil (LEG 1889, 27) y en su desarrollo niega la aplicación al caso, de la doctrina del levantamiento del velo. El motivo se desestima. Tal doctrina pretende evitar que la alegación de la separación del patrimonio de una persona jurídica que es la misma que otra persona física o jurídica, cuando en realidad hay identidad entre las mismas - es el caso presente- pretenda obtener un fin fraudulento como el planteamiento de una ficticia tercería de dominio -es así en el caso presente-. La jurisprudencia ha analizado muy reiteradamente este tema, llegando a la conclusión que aquí se apunta. Es especialmente elocuente y detallada la sentencia de 3 de junio de 2004 (RJ 2004, 3594) y también las de 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8804) , 22 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2233) , 30 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8261) y 30 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8458) . Con todos los datos que enumeran las sentencias instancia, es correcta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para considerar la identidad de las sociedades que impide que se aprecie el carácter de tercero en la demandante y prospere su tercería de dominio. No hay infracción del artículo 7.2 del Código civil (LEG 1889, 27) sino que se ha aplicado correctamente como base legal de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo.”²²⁵

Sentencia en el Recurso de Casación 1821/2000, de 31 de mayo de 2007. El Juzgado de Primera Instancia tramitó el juicio de menor cuantía, que promovió la demanda de Don Fermín, que tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó la formulación de la demanda de tercería de dominio contra la entidad mercantil Femar Parquets SL, sobre la vivienda propiedad de mi mandante, decretando la cancelación de su anotación en el Registro de la Propiedad, e imponiéndole las costas a los demandados. La Tesorería General de la Seguridad Social se opuso a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestima la demanda rectora y absuelve de sus pedimentos a las demandadas, con expresa condena en costas a la actora. La referida sentencia fue recurrida por el demandante, que promovió apelación ante la Audiencia Provincial que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, lo que confirma todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida con imposición a la parte apelante de las costas causadas en la presente instancia. Se formalizó recurso de casación contra la sentencia pronunciada en apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar el recurso de casación:

²²⁵STS, 1ª, 17.12.2008 (RC 292/2009; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz).

“El recurrente básicamente combate la sentencia que recurre para sostener que a la compraventa discutida no se la podía privar de su plena eficacia, por ostentar título dominical válido, no sólo desde la óptica formal, sino en cuanto a su contenido, sobre el inmueble litigioso, al haber quedado acreditada su adquisición con anterioridad al embargo practicado por la Tesorería General de la Seguridad Social. A tales efectos denuncia en el motivo segundo infracción de los artículos 348, 349, 609 y 1462 del Código Civil (LEG 1889, 27) , así como la doctrina contenida en las sentencias que cita. *El "factum" establecido como probado pone de manifiesto que si bien no se da relación parental entre el recurrente y la vendedora mercantil Femar Parquets, SL -no podía darse al tratarse de una persona jurídica-, si sucede respecto a don Fermín, el que como administrador único de dicha Compañía otorgó la compraventa pública, al que le asiste condición de ser hermano del tercerista, y si bien esto puede presentarse como actuación negocial normal, ha de agregarse a tal situación los datos demostrados, acreditativos de que lo que se llevó a cabo fue efectiva venta simulada para defraudar los intereses y derechos de la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que resulta decisivo que la hipoteca que gravaba la vivienda a favor de Caja de Ahorros de Asturias, constituida por escritura de 28 de julio de 1993 y plazo hasta el 2 de agosto de 2008, continuó inscrita a nombre de la sociedad vendedora Femar Parquets, SL y dicha compañía es la que continuó abonando los plazos del préstamo hipotecario, es decir, con dinero propio y no del recurrente y, asimismo, el único desembolso que se dice efectuó fue el de un millón de pesetas. La deuda a la Seguridad Social precedió a la compraventa de referencia, pues fue providenciada el 23 de julio de 1997. El conjunto de las circunstancias concurrentes y su evidente conexión pone de relieve que nos encontramos ante un negocio que no puede reputarse legal y válido, y la Sala de Apelación aplicó correctamente la denominada teoría del levantamiento del velo, mas concretamente actuación judicial de introducción en el engranaje interno de las personas jurídicas cuando se presenta necesario para averiguar que, al amparo de esa ficción de forma legal, se pretenden practicar actuaciones que buscan el cobijo de la legalidad, cuando únicamente obedecía a una ideación de perjudicar intereses privados o públicos, como camino del fraude (artículo 6-4 del Código Civil [LEG 1889, 27]), o están dotados de caracterizado abuso de derecho (artículo 7 del Código Civil), tratándose en definitiva de un mal uso de la personalidad o más bien de un uso antisocial del derecho con el designio de causar efectivo daño en los derechos de los demás. Aquí sucede que Femar Parquets, SL llevó a cabo la maniobra de instrumentar una venta formal, aparentando el traspaso del dominio de la vivienda litigiosa al tercerista, lo que en realidad no ha tenido lugar, pues el inmueble no ha salido efectivamente del patrimonio social de la compañía. Por lo tanto se trata de compraventa con causa simulada, no cierta ni real y, al faltar el requisito del precio hace aplicables los artículos 1275, 1276, 1445 y 1261 del Código Civil (LEG 1889, 27) , pues si en la escritura de compraventa se estipuló que el resto del mismo, por importe de 16.300.000 pesetas «las descuenta y retiene en su poder la parte compradora para cancelar las cargas», mal se compagina con el hecho probado de que la sociedad vendedora continuase pagando a su cuenta la deuda hipotecaria y no el adquirente como era la obligación contractual asumida. Los motivos se desestiman y nada puede reprocharse a la sentencia recurrida, pues el Tribunal de Apelación contó con suficientes pruebas que de modo directo y relacionado le llevaron a la decisión de estar ante un supuesto de simulación absoluta en que la declaración de la causa en la compraventa encubre su carencia (sentencias de 8-2-1988 , 13-4-1989 y 27-6-1992 [RJ 1992, 5563]).”²²⁶*

Sentencia en el Recurso de Casación 6426/2005, de 20 de junio de 2005. Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos por la Entidad Caypre, SL contra la entidad Zurich España Cia de Seguros y Don Antonio, sobre reclamación de cantidad. Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que estimando la demanda se mandara alzar el embargo de las dos fincas descritas en la demanda, así como la cancelación de la anotación preventiva del mismo que consta en el Registro de la Propiedad número uno de Alicante, imponiendo las costas de este procedimiento a la

²²⁶STS, 1ª, 31.05.2007 (RC 3566/2007; MP: Alfonso Villagómez Rodil).

mercantil demandada. La entidad demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimando la demanda, con imposición de costas al actor. Por el Juzgado se dictó sentencia que desestimó la demanda interpuesta de Caypre, SL frente a Zurich Cia de Seguros y declaró no haber lugar al levantamiento del embargo trabado en autos de Juicio de Menor Cuantía sobre las fincas registrales, levantando la suspensión del apremio sobre dichas fincas, con condena en costas a la parte actora. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial que desestimó el recurso de apelación interpuesto en la que condena a la recurrente al pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia. Se formalizó el recurso de casación contra la sentencia anterior ante el Tribunal Supremo, el cual declaró no haber lugar a dicho recurso:

“El primer motivo del recurso (artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior [LEG 1881, 1] denuncia la infracción del artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil citada. Mas con el planteamiento y desarrollo del mismo se hace «supuesto de la cuestión», puesto que la recurrente mantiene que tiene la condición de «tercero» como propietaria de los bienes embargados en un litigio del que no es parte; frente a la declaración establecida, como juicio de hecho, por la sentencia recurrida que, con apoyo en las pruebas habidas y apreciación de las mismas, niega tal carácter a la sociedad, ya mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, corrobora la conclusión de la sentencia de primera instancia y establece que entre la entidad actora y los demandados, socios mayoritarios prácticamente únicos de la misma viene a existir un mismo acervo patrimonial y unos comunes intereses económicos determinantes de su identificación, por la ficción que representa la persona jurídica que, en realidad, carece de patrimonio independiente y separado. Los datos de hecho que sirven para considerar que estamos en presencia de una sociedad «pantalla», sin personalidad real, pese a su apariencia formal son los consignados en la sentencia de primer grado que hace suyos la recurrida: 1.- La sociedad actora es una sociedad de carácter familiar compuesta por Don Antonio, que es, precisamente, el codemandado en el presente litigio y deudor ejecutado, por Don Federico, hijo del anterior y por Don Luis María, y yerno, siendo que este último entró a formar parte de la sociedad en fecha 30 de junio de 1992 al adquirir las acciones que tenía Doña Carina, esposa del primero y fue en esa fecha nombrado administrador único, cargo que venía desempeñando siempre el codemandado. 2.- Que el capital social pertenece casi exclusivamente a Don Antonio pues de un total de sesenta y siete millones doscientas mil pesetas (67.200.000 ptas), y sólo por doscientas mil pesetas (200.000 ptas) su hijo y doscientas mil pesetas (200.000 ptas) su yerno, y siempre ha ostentado la mayor parte del capital social. 3.- Que la providencia despachando la ejecución y ordenando el embargo de los bienes de Don Antonio se dictó en fecha 17 de octubre de 1995 y el embargo de las fincas objeto de esta tercería se practicó en fecha 30 de octubre de 1995. 4.- Que la escritura de ampliación de capital aportando el codemandado Sr. Antonio las dos fincas citadas a la actora se otorgó una vez dictada la Providencia de embargo el 24 de octubre de 1995 y que el codemandado tuvo que conocer ya que era parte en el procedimiento en que se dictó. 5.- Que la sociedad actora siempre habría tenido el mismo capital social hasta que se llevó a cabo la ampliación de capital que fue íntegramente suscrito por el Sr. Antonio. No cabe duda que existe una confusión entre la persona jurídica actora y la persona física, demandado Sr. Antonio, puesto que el capital social de la actora pertenece casi íntegramente a el demandado Sr. Antonio, el cual utiliza a la sociedad familiar con personalidad jurídica distinta para, aportando a la misma sus bienes, eludir sus propias responsabilidades personales, sirviéndose de la persona jurídica para incumplir sus obligaciones con sus acreedores causándole un perjuicio, al impedirles o disminuirles las garantías de cobrar sus créditos. En suma, el motivo perezce.”²²⁷

Sentencia en el Recurso de Casación 81/1997, de 24 de junio de 2002. Por la sociedad demandante,

²²⁷STS, 1ª, 20.06.2005 (RC 6426/2005; MP: José Almagro Nosete).

Aircast Spain, SA se interpuso tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y contra la sociedad Tecnislas, SA, esta última declarada en rebeldía, y en primera instancia se dictó sentencia desestimando la pretensión formulada dimanante del embargo de bienes muebles practicado por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social de Manacor, en procedimiento de apremio seguido contra la codemandada. Esta sentencia fue confirmada íntegramente en el recurso de apelación por la Audiencia Provincial. La demandante formula recurso de casación. Al amparar el recurso de casación en infracción de la doctrina del levantamiento del velo, que se articula como motivo segundo, procede el examen de esta alegación en primer lugar, pues, de no ser atendida, decae lógicamente la alegación constitutiva del motivo primero de ser la propietaria de los bienes muebles embargados. Al final, el Tribunal Supremo español declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto, a saber:

“Se formula el motivo al amparo del artículo 1694 número 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre «levantamiento del velo» de las personas jurídicas, contenida, entre otras, en las Sentencias de este alto Tribunal de 20 de enero (RJ 1988, 130) , 4 de marzo (RJ 1988, 1550) y 25 de diciembre de 1988, 2 de abril de 1990 (RJ 1990, 2687) , 27 de marzo (RJ 1991, 2452) y 18 de junio de 1991 (RJ 1991, 4523) , por aplicación indebida de la misma. La Sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2002 (RJ 2002, 2666) , estima la doctrina indispensable la construcción jurídica que consiga corregir el automatismo que puede llevar a situaciones de injusticia material. (...) La sentencia recurrida aprecia de forma incontestable, como resultado del examen conjunto de la prueba, que la sociedad demandante es la misma que la deudora demandada. La ampliación de capital determina que la última tiene una abrumadora mayoría en el de la demandante tercerista. Ambas sociedades tienen el mismo objeto social y los mismos representantes intervinieron conjuntamente en la escritura en nombre de las dos compañías a la vez. La motivación de esta ampliación de capital resulta de todo punto indiferente al objeto de impedir distraer del patrimonio del deudor sus responsabilidades, que se consigue con la razonable aplicación del «levantamiento del velo» que ha hecho la sentencia impugnada. Por todo lo expuesto el motivo no puede ser atendido, sin que haya necesidad, por tanto, de examen del primero con el que está interrelacionado o incluso repetido.”²²⁸

Sentencia en el Recurso de Casación 3062/1995, 22 de noviembre de 2000. Promovido por la entidad Distrito León 24.000 S.L juicio de menor cuantía con la presentación de una tercería de dominio, derivada de un juicio ejecutivo, contra los demandados Banco de Asturias, SA, Distrito Piel, SL, don Alejandro P. G. y doña Gabriel B. G., tan sólo el Banco de Asturias, SA se personó en autos y contestó a la demanda, siendo los demás declarados en rebeldía por su incomparecencia. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia que desestimó la demanda interpuesta y absolvió a los demandados de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, con imposición de costas a la parte actora. Interpuesto recurso de apelación contra dicho fallo, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que desestimó el recurso de apelación interpuesto, confirmó la sentencia apelada e impuso las costas de la alzada a la entidad recurrente. Impugna ahora la actora, Distrito León 24.000 S.L dicho fallo de apelación con un recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. La Sala Primera falló:

“El último motivo pretende una interpretación de la teoría del levantamiento del velo, pero ello es en realidad un pretexto para intentar atacar y modificar los hechos probados en ambas resoluciones de primero y segundo grado, haciendo un relato de hechos diferente. La entidad tercerista, Distrito León 24.000, SL es una sociedad formada por los cónyuges demandados y no comparecidos, don Alejandro P. G. y doña Gabriela B. G.,

²²⁸STS, 1ª 24.06.2002 (RC 8059/2002; MP: Clemente Auger Liñán).

y por la entidad Distrito Piel, SL. Esta sociedad «Distrito Piel, SL» está formada como únicos socios por los referidos cónyuges. Ello quiere decir llanamente, que dicho matrimonio detenta el 100%, o sea la totalidad de las participaciones sociales, tanto de la entidad mercantil «Distrito Piel, SL» como «Distrito León 24.000, SL». Por tanto, dichos cónyuges y ambas sociedades limitadas son las mismas personas aunque la personalidad jurídica sea diferente. La entidad «Distrito Piel, SL» obtuvo un crédito en cuenta corriente por importe de doce millones de pesetas y plazo de un año del Banco de Asturias, SA y no ha pagado nada de dicho crédito. Es más, señala la sentencia recurrida como un hecho probado más, que una vez vencida e impagada la cuenta de crédito que se ha mencionado, se produce una transferencia de activos de la sociedad deudora Distrito Piel, SL en favor de Distrito León 24.000, SL a la que se aportan los dos únicos inmuebles propiedad de la entidad deudora. Finalmente, debe consignarse asimismo, que las prendas embargadas se encontraban en el establecimiento mercantil de Distrito Piel, SL y expuestas para la venta al público. *Como recogió la sentencia de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7728) el «lifting the veil» o levantamiento del velo, es una creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar la realidad en una actuación de una persona jurídica que implique frustración de los derechos de terceros y que ha sido aceptada por la doctrina española y por la jurisprudencia de esta Sala, pretendiendo evitar con ello simulación en la constitución de una sociedad que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla de la Ley como protectora de derechos ajenos. En este caso, como han señalado las sentencias de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1590) , 16 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2189) , 11 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8118) y 13 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8212) , no habiendo demostrado la entidad tercerista la propiedad autónoma propia de los bienes cuya titularidad patrimonial se atribuye, no puede prosperar la demanda de tercería, porque, en definitiva, existe una confusión de personalidades y patrimonios, lo que se traduce en una inconsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad, en la inexistencia de independencia de personalidades, como recoge la sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7613). A la vista de todas las consideraciones anteriormente expuestas, el motivo y el recurso deben perecer.»²²⁹*

²²⁹STS, 1ª, 22.11.2000 (RC 9313/2000; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

Consideraciones finales

El contexto de una economía moderna y globalizada en la que hoy se vive se organizó, en un principio, en base a principios y valores liberales que posibilitaron a los individuos constituir e integrar personas jurídicas con la finalidad de fomentar el ejercicio de diversas actividades económicas. De tal manera que, la especie de persona jurídica más adecuada hacia la consecución de tal objetivo ha sido la sociedad de capital, la cual está generalmente integrada por un grupo de personas que comparten metas e intereses comunes, por lo que se va a asistir no solo una creciente proliferación de ésta sino su importante papel en la propulsión de la actividad económica actual.

Como es de suponer, la actividad empresarial implica riesgos constantes por cuanto se impuso la concesión de una serie prerrogativas a la sociedad mediante la atribución de una personalidad jurídica a través de la cual se determina la delimitación de un patrimonio autónomo y la producción de una separación de responsabilidad entre aquella y sus miembros. Lo que no se preveía era que todas estas medidas, tendentes a garantizar el buen desarrollo de las relaciones mercantiles, darían lugar a varios abusos cometidos al amparo del hermetismo de la persona jurídica, desencadenando ataques a uno de los institutos más importantes creados por el derecho.

Aparece, así, la doctrina del levantamiento del velo en el mundo occidental, fruto de la labor de los tribunales estadounidenses, que consagra la función social de la propiedad y obliga el ejercicio de las personas jurídicas por quienes detentan su control, dentro de los límites considerados adecuados para el mantenimiento del equilibrio de las relaciones económicas y sociales. Su funcionamiento, como ya se ha dicho tantas veces, reside en desconocer la forma externa de la persona jurídica, penetrando en el seno de la misma (levantando su velo o manto), para poner fin a los abusos y fraudes que se pueden cometer a través de aquel instituto jurídico.

A primera vista, esta construcción doctrinal elaborada en sede judicial parece perfecta, en la medida en que busca conciliar la tutela de los derechos de los acreedores con la necesidad de conferir protección a los intereses empresariales; hasta que varios juristas empezaron a revelar algunos de los graves inconvenientes que la misma plantea. El desconocimiento episódico (o relativo) del recurso de la personalidad jurídica genera un acentuado conflicto entre seguridad jurídica y justicia y, llevando ésto hasta las últimas consecuencias, puede promover el deterioro gratuito de estos dos valores esenciales y básicos a todo y cualquier ordenamiento jurídico.

Han sido varios los esfuerzos de la comunidad jurídica, en tono de desesperación, por preservar la validez y eficacia de la doctrina del levantamiento del velo, que se había consolidado en muchos países como un patrimonio del derecho de sociedades. Diversos planteamientos teóricos han sido proyectados en distintas direcciones de pensamiento, entre ellos: a) la aplicación excepcional de la medida solamente tras comprobado el abuso de derecho o el fraude; b) el carácter restrictivo que dice respecto a su empleo bajo situaciones contempladas como excepcionales; c) su naturaleza subsidiaria, es decir, cuando ya no sea posible encontrar otro recurso sustantivo o procesal en el orden jurídico que permita alcanzar resultados satisfactorios.

El estudio comparado, tomando como referencia dos países (Brasil y España) en donde el levantamiento del velo tuvo un desarrollo histórico y contornos distintos, permite proveer una idea concreta respecto al tratamiento legislativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la materia. Lejos de querer ofrecer una conclusión vacía y cerrada a modo de evitar confusiones y equivocaciones, lo cierto es que la doctrina revela problemas prácticos y de interpretación jurídica, principalmente al referirse a las nociones generales en las que se fundamenta (abuso de derecho y fraude), ofreciendo un cierto riesgo a su aplicación errónea por los jueces y tribunales.

El Código Civil brasileño incorporó el levantamiento del velo en su parte general, plasmándolo en el art. 50. Motivada por el intento de adecuarse a los dictámenes tradicionales del origen de aquel instituto, la legislación civil de 2002 lo que hace es vincular el levantamiento al presupuesto del abuso de derecho, caracterizado por el desvío de finalidad y la confusión patrimonial, apelando para formulaciones genéricas que no delimitan precisamente las condiciones de uso de la doctrina. A consecuencia de esa omisión legislativa, el Superior Tribunal de Justicia, en ocasiones, ha encontrado ciertas dificultades en determinar cuándo podrá o no levantar el velo de una sociedad, o cuándo deberá tan sólo responsabilizar personalmente los socios de la misma.

Por otra parte, la ausencia de una regulación normativa de la doctrina en el ordenamiento jurídico español implica en que la decisión de levantar o no el velo de la sociedad dependa, más que todo, de la convicción personal de quien esté llamado a aplicarla para perfilar una solución a un caso concreto. A partir del análisis de las sentencias Tribunal Supremo resulta notorio que el cuerpo de magistrados decide, inicialmente, por desestimar o no la personalidad jurídica de una sociedad, para solamente después buscar la correcta fundamentación de la medida en los precedentes jurisprudenciales ya resueltos por aquella Corte de justicia. La falta de criterios rectores, sin duda alguna, presupone un poderoso ataque al principio de la seguridad jurídica.

Lo anterior conduce a la necesidad de readaptar la doctrina del levantamiento del velo a sus elementos esenciales (abuso de derecho y fraude), o al menos a una enunciación que retirara la calidad de *levantamiento* de aquellas formas de responsabilidad ya previstas en otras legislaciones infraconstitucionales. En tal sentido, se puede apostar en el incesante trabajo de la jurisprudencia como importante fuente del derecho, que contribuye diariamente a la evolución del pensamiento jurídico, a modo de que aquel método judicial que busca impedir la práctica de actos ilícitos al amparo del instituto de la persona jurídica conquiste una verdadera sistematización y seguridad.

En definitiva y al cabo de varias páginas escritas sobre el levantamiento del velo, no me queda otra alternativa sino reafirmar mi atrevimiento y ambición por enfrentar un asunto de gran complejidad, que ha sido discutido por los más autorizados juristas y magistrados de los últimos tiempos, lo que sirvió de estímulo para llegar al final de esta investigación. Espero que la aportación producida a lo largo de estas páginas haya contribuido a elucidar algunas de las muchas cuestiones polémicas que el propio levantamiento del velo trae consigo; por otro lado, reitero la necesidad de una movilización general hacia la realización de futuras investigaciones sobre el tema, puesto que todavía sigue siendo una página abierta dentro de la teoría del derecho.

Bibliografía

Manuel ALBALADEJO (2002), *Derecho civil I: introducción y parte general*, 15ª ed., Bosch, Barcelona.

Lorenzo ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA (1997), *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Colex, Madrid.

Fábio Siebeneichler de ANDRADE/Adalberto de Souza PASQUALOTTO (2010), “El levantamiento del velo de la personalidad jurídica en el derecho privado brasileño”, *Revista de Derecho Privado*, n. 19, agosto - diciembre 2010, págs. 83 - 107.

Cristián ARAYA ESCOBAR (2004), “La naturaleza jurídica de la empresa de responsabilidad limitada”, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2004, págs. 19 - 31.

Tullio ASCARELLI (1959), *Problemi giuridici*, I, A. Giuffrè, Milano.

Manuel ATIENZA/Juan Ruiz MANERO (2006), *Ilícitos atípicos*, 2ª ed., Trotta, Madrid.

Manuel BEJARANO SÁNCHEZ (2003), *Obligaciones civiles*, 5ª ed., Oxford University Press, México.

Jesús BENEYTO FELIÚ (2004), “Personas Jurídicas, Asociaciones y Fundaciones. Parte Primera. Personas Jurídicas”, en Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, vol. 3º, Civitas, Madrid.

Emílio BETTI (1970), *Teoria geral do negocio jurídico*, traducción de la versión italiana por Fernando de Miranda, Tomo I, Coimbra Editora, Portugal.

Carmen BOLDÓ RODA (2006), *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 4ª ed., Aranzadi, Madrid.

Margarida Maria Lacombe CAMARGO (2002), “Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica” em Carlos E. de Abreu Boucault (organizador), *Hermenêutica Plural*, Martins Fontes, São Paulo, págs. 369 - 390.

Francisco CAPILLA RONCERO (1984), *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid.

Jean CARBONNIER (1994), *Droit civil. 1, Les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales*, Presses universitaires de France, Paris.

Piarangelo CATALANO (1995), "As raízes do problema da pessoa jurídica", *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e empresarial*, ano 19, v. 73, julho - setembro 1995, págs. 38 - 54.

Ana Caroline Santos CEOLIN (2002), *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, Editora Del Rey, Belo Horizonte.

Fábio Ulhôa COELHO (2007), *Curso de Direito Comercial*. 10ª ed., Saraiva, São Paulo.

_____ (2002), *Curso de Direito Comercial*, 3ª ed., v. 2, Saraiva, São Paulo.

_____ (1989), *Desconsideração da personalidade jurídica*, Revista dos Tribunais, São Paulo.

José Omar COFRÉ LAGOS (2008), "La idea de persona moral y jurídica en el realismo metafísico", *Revista de derecho*, vol. XXI, n. 2, diciembre 2008, págs. 09 - 31.

Fábio K. COMPARATO (1976), *O poder de controle na Sociedade Anônima*, Forense, Rio de Janeiro.

Pedro CORDEIRO (2005), *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, 2ª ed., Universidade Lusíada Editora, Lisboa.

Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ (2006), *La doctrina del levantamiento del velo en la persona jurídica en la jurisprudencia*, 5ª ed., Civitas, Madrid.

_____ (1995), "La doctrina del levantamiento del velo y las sociedades interpuestas", *Estudios de Deusto*, vol. 43/2, julio - diciembre 1995, págs. 11 - 51.

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1984), *La persona jurídica*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

_____ (1971), *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (INEJ), Madrid.

Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL (1977), *Instituciones de Derecho Civil: Parte general y derecho de obligaciones*, Tomo I, Alianza Editorial, Madrid.

_____ (1954), "Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 7, n. 3, 1954, págs. 623 - 654.

José Luis DE LOS MOZOS (1977), *Derecho civil español I: Parte general - Introducción al derecho civil*, Salamanca.

_____ (1983), "La evolución del concepto de persona jurídica en el derecho español", *Cuaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno: Itinerari moderni della persona giuridica*, Tomo II, Giuffrè editore, Milano, págs. 732 - 858.

Felipe DÍAZ CAPMANY (1996), *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en el proceso de creación del derecho*, Rosaljai, Barcelona.

Luis DÍEZ-PICAZO/Antonio GULLÓN BALLESTEROS (2003), *Sistema de derecho civil. Vol. I, Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, 11ª ed., Tecnos, Madrid

Carlos Alberto Menezes DIREITO (2003), "A desconsideração da personalidade jurídica", en Arruda Alvim (coordinador), *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil. Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. Revista dos Tribunais, São Paulo.

Nicola DISTASO (1971), *Superamento della personalità giuridica nei casi di abuso della stessa e ordinamento giuridico italiano: Personalità giuridica e gruppi organizzati*, A. Giuffrè, Milano.

Juan DOBSON (1991), *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado)*, Depalma, Buenos Aires.

José Miguel EMBID IRUJO (1990), "Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio - agosto, 1990, págs. 31 - 54.

_____ (1992), "El levantamiento del velo de la sociedad anónima: Doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad", *Tribuna social, Revista de Seguridad Social y Laboral*, n. 17, 1992, págs. 7 - 10.

Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO (1999), "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n. 52, abril - diciembre 1999, págs. 01 - 72.

Francesco FERRARA (1929), *Teoría de las personas jurídicas*, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Editorial Reus, Madrid.

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS (2002), *Desconsideração da personalidade jurídica - Análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil*, Atlas, São Paulo.

Francesco GALGANO (1988), *Diritto privato*, 5ª ed., CEDAM, Padova.

_____ (1980), *Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad Anónima, Estado y clases sociales*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.

Manuel GARCÍA-AMIGO (1979), *Instituciones de derecho civil*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

Giorgi GIORGIO (1913), *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali : esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, 3ª ed., Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, Firenze.

José GIRÓN TENA (1976), *Derecho de sociedades. Parte general; Sociedades colectivas y comanditarias*, Tomo 1, Madrid.

José HURTADO COBLES (2008), *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Atelier, Barcelona.

_____ (2000), *La doctrina del levantamiento del velo societario: Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Atelier, Barcelona.

Rudolf von JHERING (1998), *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres, Tomo I, Comares, Granada.

Marçal JUSTEN FILHO (1987), *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo.

Hans KELSEN (2011), *Teoría pura del derecho*, traducción de la primera edición de Reine Rechtslehre (1934) a cargo de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Trotta, Madrid.

Suzy Elizabeth Cavalcante KOURY (2002). *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro.

José Luis LACRUZ BERDEJO et al (2010), *Elementos de derecho civil*, 6ª ed., Dykinson, Madrid.

Karl LARENZ (1978), *Derecho civil: parte general*, traducción y notas de la versión alemana por Manuel Izquierdo y Macías-Picavea, Edersa, Madrid.

Carlos LASARTE (2011), *Parte general y derecho de la persona*, 17ª ed., Marcial Pons, Madrid.

Ángel LATORRE SEGURA (2012), *Introducción al derecho*, Ariel, Barcelona.

María Luisa LÓPEZ HUGUET (2008), "El domicilio de las personas jurídicas: evolución desde el derecho romano y significado actual", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, n. 6, diciembre 2008, págs. 69 - 94.

Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ (2012), *Fundamentos de derecho civil*, Tirant to Blanch, Valencia.

Héctor MASNATTA (1967), *El abuso del derecho a través de la persona colectiva: teoría de la penetración*, Ediciones jurídicas Orbir, Buenos Aires.

Pontes de MIRANDA (1972), *Tratado de direito privado*, Borsói, Rio de Janeiro.

Daniel MOEREMANS (1989), "Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital a través del Disregard of the legal entity", *Revista de Informação Legislativa*, n. 104, octubre - diciembre 1989, págs. 341 - 350.

Roberto OBANDO PÉREZ (2008). "Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, diciembre 2008, págs. 160 - 190.

José Lamartine Côrrea de OLIVEIRA (1962), *Conceito de Pessoa Jurídica*, Tese doutoral apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná para concurso de livre docência de Direito Civil (mimeo).

_____ (1979), *A dupla crise da pessoa jurídica*, Saraiva, São Paulo.

Riccardo ORESTANO (1978), *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1984), "Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 1984", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 5, 1984, págs. 1.707 - 1.718.

Cándido PAZ-ARES (1983), "Sobre la infracapitalización de las sociedades", *Anuario de Derecho Civil*, t. 36, n. 4, octubre - diciembre 1983, págs. 1.587 - 1.639.

_____ (2006), "La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad", en R. Uría y A. Menéndez (directores), *Curso de derecho mercantil*, 2ª ed., Tomo I, Civitas, Madrid.

Anna PINTORE (1983), "Il Concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico", *Cuaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno: Itinerari moderni della persona giuridica*, Tomo II, Giuffrè editore, Milano, págs. 720 - 776.

José PUIG BRUTAU (1989), *Fundamentos de derecho civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

Luis PUIG FERRIOL (1995), *Manual de derecho civil*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid.

Miguel REALE (1972), *O Anteprojeto de Código Civil*. Imprensa Nacional, Brasília.

Luis RECASENS SICHES (1963), *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México.

Rúbens REQUIÃO (1988), *Aspectos modernos de direito comercial*, Saraiva, São Paulo.

_____ (1986), *Curso de Direito Comercial*, 17ª ed., Saraiva, São Paulo.

_____ (1969), *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard doctrine)*, *Revista dos Tribunais*, v. 410, dezembro 1969, págs. 12-24.

Joaquín RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (1971), *Tratado de sociedades mercantiles*, 4ª ed., Porrúa, México.

Alf ROSS (1994), *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª ed., traducida a la versión castellana por Genaro R. Carrió, Editorial Universitaria, Buenos Aires.

María E. ROVIRA SUERIO (1999), *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, CEDECS, Barcelona.

Gustavo RUIZ TORRES (2006), "El allanamiento de la personalidad jurídica (o el levantamiento del velo societario por abuso de la personalidad jurídica", *Revista jurídica Magistri et Doctores*, año VII, n. 3, diciembre 2006, págs. 477 - 488.

Calixto SALOMÃO FILHO (1998), *O novo direito societário*, Malheiros, São Paulo.

Fernando SANCHÉZ CALERO (2011), *Instituciones de derecho mercantil*, 34ª ed., Aranzadi, Pamplona.

Osmar Antonio dos SANTOS (1999), "A desconsideração da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)", *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 11, n. 1, janeiro - março 1999, págs. 37 - 63.

Rolf SERICK (1958), *Apariencia y realidad en las Sociedades Mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, traducción y comentarios de Derecho Español por José Puig Brutau, Ariel, Barcelona.

Uberto SCARPELLI (1985), *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, A. Giuffrè, Milano.

Robert THOMPSON (1991), "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study", *Cornell Law Review*, v. 76, n. 1.063, July 1991.

Matteo TONELLO, "Persone giuridiche: la dottrina del piercing veil nell'american corporate law", *Contratto e Impresa*, anno 14, 1998, págs. 165 - 255.

Piero VERRUCOLI (1964), *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*, A. Giuffrè, Milano.

F. VICENT CHULIÀ (1981), *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, ed. autor, Valencia.

Maurice WORMSER (1929), *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*, Baker Voorhis and Company, New York.

_____ (1912), "Piercing the veil of corporate entity", *Columbia Law Review*, vol. 12, n. 06, June 1912, págs. 496 - 518.

ÍNDICE

Sumario	08
Abreviaturas	09
Introducción	10
<i>1 El instituto de la persona jurídica</i>	13
1.1. - Aspectos históricos y conceptuales	13
1.2. - Teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica	17
a - Teoría de la ficción	17
b - Teoría orgánica o de la realidad	18
c - Teorías formalistas y normativistas	19
d - Teorías negativistas	21
e - Teorías contemporáneas	22
1.3. - Reconocimiento y abuso de la personalidad jurídica	23
1.4. - La crisis del concepto de persona jurídica	27
<i>2 La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica</i>	30
2.1. - Cuestiones generales y desarrollo histórico	30
a - La importación del sistema judicial norteamericano: el inicio de una doctrina	32
b - El principio de la personalidad jurídica separada en el derecho de sociedades inglés	34
c - El derecho alemán: la sistematización del estudio sobre el levantamiento del velo	36
d - La contribución de Italia: planteamientos teóricos sobre el levantamiento del velo	38
2.2. - Concepto	40
2.3. - Fundamentación y aplicabilidad	43
2.4. - Naturaleza jurídica	46
<i>3 La doctrina del levantamiento del velo en Brasil</i>	48
3.1. El art. 50 del nuevo Código Civil	49
3.2. Presupuestos de la aplicación del levantamiento del velo en el Código Civil	53
a - La caracterización del desvío de finalidad	57
b - El requisito de la confusión patrimonial	58

3.3. Efectos materiales y aspectos procesales del levantamiento del velo	60
3.4. El Superior Tribunal de Justicia: los grupos de casos en la jurisprudencia.....	64
a -Fraude de ley, fraude de acreedores, simulación, infracapitalización y mala fe	65
b -Levantamiento del velo y responsabilidad civil	69
c -Levantamiento del velo y títulos extrajudiciales	70
d -Levantamiento y grupos de empresas, sociedades vinculadas o instrumentales.....	72
4 La doctrina del levantamiento del velo en España.....	77
4.1. Antecedentes históricos: la doctrina de terceros.....	77
4.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 28.05.1984: el surgimiento de un instituto	81
a - El caso enjuiciado	81
b - La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo	82
c - Los presupuestos de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo	84
4.3. La reacción de la doctrina española: escenario de discusiones y opiniones teóricas.....	88
a - Manifestaciones contrarias al levantamiento del velo	89
b - Manifestaciones favorables al levantamiento del velo.....	91
4.4. El estado actual del levantamiento del velo en el Tribunal Supremo.....	92
a - El uso de la persona jurídica como instrumento de abuso de derecho y fraude	92
b - La persona jurídica y la elusión de deberes de naturaleza legal o contractual	96
c - Responsabilidad extracontractual	100
d - Infracapitalización material y descapitalización societaria	102
e - La sociedad unipersonal	105
f - Grupo de empresas, empresas vinculadas, dependientes o instrumentales	108
g - Tercerías de dominio.....	111
Consideraciones finales	117
Bibliografía.....	119
Índice	126
Anexos.....	128

ANEXOS

- **Proyecto de Ley 2.426/2003, que disciplina los aspectos procesales de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en Brasil**
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984, que introdujo la doctrina del levantamiento del velo en el derecho español**



PROJETO DE LEI N° , DE DE AGOSTO DE 2003
(Do Sr. **Ricardo Fiuza**)

Regulamenta o disposto no 50 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, disciplinando a declaração judicial de descon sideração da personalidade jurídica e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. As situações jurídicas passíveis de declaração judicial de descon sideração da personalidade jurídica obedecerão ao disposto no art. 50 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 e aos preceitos desta lei.

Art. 2º. A parte que se julgar prejudicada pela ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial praticados com abuso da personalidade jurídica indicará, necessária e objetivamente, em requerimento específico, quais os atos abusivos praticados e os administradores ou sócios deles beneficiados, o mesmo devendo fazer o Ministério Público nos casos em que lhe couber intervir na lide.

Art. 3º. Antes de declarar que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, o juiz lhes facultará o prévio exercício do contraditório, concedendo-lhes o prazo de quinze dias para produção de suas defesas.

§ 1º. Sendo vários os sócios e ou os administradores acusados de uso abusivo da personalidade jurídica, os autos permanecerão em cartório e o prazo de defesa para cada um deles contar-se-á, independentemente da juntada do respectivo mandado aos autos, a partir da respectiva citação se não figurava na lide como parte e da intimação pessoal se já integrava a lide, sendo-lhes assegurado o direito de obter cópia reprográfica de todas as peças e documentos dos autos ou das que solicitar, e juntar novos documentos.

§ 2º. Nos casos em que constatar a existência de fraude à execução, o juiz não declarará a desconsideração da personalidade jurídica antes de declarar a ineficácia dos atos de alienação e de serem executados os bens fraudulentamente alienados.

Art. 4º. É vedada a extensão dos efeitos de obrigações da pessoa jurídica aos bens particulares de sócio e ou de administrador que não tenha praticado ato abusivo da personalidade, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, em detrimento dos credores da pessoa jurídica ou em proveito próprio.

Art. 5º. O disposto no art. 28 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, somente se aplica às relações de consumo, obedecidos os preceitos desta lei, sendo vedada a sua aplicação a quaisquer outras relações jurídicas.

Art. 6º. O disposto no art. 18 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, somente se aplica às hipóteses de infração da ordem econômica, obedecidos os preceitos desta lei, sendo vedada a sua aplicação a quaisquer outras relações jurídicas.

Art. 7º. O juiz somente pode declarar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos expressamente previstos em lei, sendo vedada a sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva.

Art. 8º. As disposições desta lei aplicam-se a todos os processos judiciais em curso em qualquer grau de jurisdição, sejam eles de natureza cível, fiscal ou trabalhista.

Art. 9º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Embora só recentemente tenha sido introduzido na legislação brasileira, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo utilizado com um certo açodamento e desconhecimento das verdadeiras razões que autorizam um magistrado a declarar a desconsideração da personalidade jurídica.

Como é sabido e consabido o instituto em referência tem por escopo impedir que os sócios e ou administradores de empresa que se utilizam

abusivamente da personalidade jurídica, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, prejudiquem os terceiros que com ela contratam ou enriqueçam seus patrimônios indevidamente. A "disregard doctrine" pressupõe sempre a utilização fraudulenta da companhia pelos seus controladores, (Ver lei inglesa art. 332, Companies Act de 1948). Na Inglaterra, essa responsabilidade dos sócios e administradores originalmente só era admitida no caso de dolo. Atualmente já é extensiva aos casos de negligência ou imprudência graves na conduta dos negócios (reckless trading).

De acordo com o art. 333 da Companies Act, admite-se a propositura de ação contra o administrador (officer), nos casos de culpa grave (misfeasance e breach of trust), mas tão-somente para que sejam ressarcidos os danos causados à sociedade pelos atos contra ela praticados. Nos Estados Unidos, a doutrina da transparência tem sido aplicada com reservas e tão-somente nos casos de evidente intuito fraudulento, quando a sociedade é utilizada como simples instrumento ou alter ego do acionista controlador.

Em tais hipóteses de confusão do patrimônio da sociedade com o dos acionistas e de indução de terceiro em erro, a jurisprudência dos Estados Unidos tem admitido levantar o véu (judges have pierced the corporate veil) para responsabilizar pessoalmente os acionistas controladores (v. o comentário Should Shareholders be Personally Liable for the Torts of their Corporations? In Yale Law Journal, nº 6, maio de 1967, 76/1.190 e segs. e especialmente p. 1.192).

Esses casos, entretanto, vêm sendo ampliados desmesuradamente no Brasil, especialmente pela Justiça do Trabalho, que vem de certa maneira e inadvertidamente usurpando as funções do Poder Legislativo, visto que enxergam em disposições legais que regulam outros institutos jurídicos fundamento para decretar a desconsideração da personalidade jurídica, sem que a lei apontada cogite sequer dessa hipótese, sendo grande a confusão que fazem entre os institutos da co-responsabilidade e solidariedade, previstos, respectivamente, no Código Tributário e na legislação societária, ocorrendo a primeira (co-responsabilidade) nos casos de tributos deixados de ser recolhidos em decorrência de atos ilícitos ou praticados com excesso de poderes por administradores de sociedades, e a segunda (solidariedade) nos casos em que genericamente os administradores de sociedades ajam com excesso de poderes ou pratiquem atos ilícitos, daí porque, não obstante a semelhança de seus efeitos, a matéria está a exigir diploma processual próprio, em que se firme as hipóteses em que a desconsideração da personalidade jurídica possa e deva ser decretada.

Todavia, convém lembrar a inconveniência de se atribuir a todo e qualquer sócio ou administrador, mesmo os que não se utilizaram abusivamente da personalidade jurídica ou até mesmo daqueles que participam minoritariamente do capital de sociedade sem praticar qualquer ato de

gestão ou se beneficiar de atos fraudulentos, a responsabilidade por débitos da empresa, pois isto viria a desestimular a atividade empresarial de um modo geral e a participação no capital social das empresas brasileiras, devendo essa responsabilidade de sócio ser regulada pela legislação societária aplicável ao tipo de sociedade escolhido.

Essas as razões que me fizeram apresentar este projeto de lei, que espero mereça a aprovação do Congresso Nacional e venha a ser sancionado como lei pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Sala das Sessões, em

Deputado Ricardo Fiuza

Id Cendoj: 28079110011984100397
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso:
Nº de Resolución:
Procedimiento: CIVIL
Ponente: CARLOS DE LA VEGA BENAYAS
Tipo de Resolución: Sentencia

Núm. 330.-Sentencia de 28 de mayo de 1984

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley.

RECORRENTE: "Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S. A."

FALLO: No haber lugar al recurso contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 14 de diciembre de

1981.

DOCTRINA: Personas jurídicas. Concreción de "substrato" y composición personal, a efectos de determinación de

responsabilidad "excontractu".

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 (*artículos primero, uno, y noveno, tres*), se ha decidido prudencialmente, y según casos y

circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (*artículo séptimo, uno, del Código Civil*),

la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad

jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan

perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (*artículo sexto, cuatro, del Código Civil*)

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 (*artículo séptimo, dos, del Código Civil*) en daño ajeno o de "los derechos

de los demás" (*artículo diez de la Constitución*) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de la personalidad, en un

"ejercicio antisocial" de su derecho (*artículo séptimo, dos, del Código Civil*).

En la Villa de Madrid, a veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

En los autos de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Palma de Mallorca y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma, por "Uto Ibérica, S. A.", domiciliada en Palma de Mallorca, contra "Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S. A." (**Emaya**), y contra el Ayuntamiento de Palma, sobre reclamación de cantidad; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por "**Emaya**, S. A.", entidad demandada, representada por el Procurador don Rafael Rodríguez Montaut, y dirigida por el Letrado don Francisco Ramallo Massanet; habiendo comparecido en el presente recurso la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Ángel Jimeno García y dirigida por el Letrado don Alberto Miró Coll, sin que lo haya verificado el Ayuntamiento de Palma.

RESULTANDO

RESULTANDO que ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Palma de Mallorca, se promovió demanda de juicio declarativo de mayor cuantía por el Procurador don Antonio Obrador, en representación de "Uto Ibérica, S. A.", basándose en los siguientes Hechos: Primero: Que la entidad demandada, al parecer, es explotadora de la red de aguas de esta ciudad de Palma, propiedad del Ayuntamiento, y responsable de su mantenimiento, conservación y reparación, etc. Segundo: Que en junio de mil novecientos setenta y siete, en la calle Alférez González Moro, y en las inmediaciones del hotel "Uto Palma" sito en la avenida Calvo Sotelo, se produjo una avería en las conducciones de aguas limpias sitas en dicho lugar; avería que provocó una filtración de aguas limpias, y llegó a la inundación, en diversos apartamentos del edificio Uto Ibérica Palma. Tercero: Que los daños producidos por la aludida inundación, se localizaron en los apartamentos ciento veintiocho, ciento veintinueve y ciento treinta de la primera planta, doscientos veintinueve y doscientos treinta de la segunda planta y trescientos treinta de la tercera, así como en los pasillos de dichos pisos; daños que fueron estimados inicialmente en novecientas cincuenta y cuatro mil novecientas sesenta y cuatro pesetas, no obstante lo cual, en definitiva, quedaron reducidos a setecientas noventa y tres mil ciento veintiséis pesetas, según las facturas que por copia se acompañan, por obrar los originales en otro procedimiento judicial. Cuarto: Los apartamentos afectados por las humedades, tuvieron que dejar de utilizarse durante catorce días, en plena temporada turística; representando ello un perjuicio económico de ochenta y dos mil seiscientos pesetas de lucro cesante, como oportunamente se acreditará para la actora, propietaria y explotadora de dicho complejo. Quinto: El total que se reclama por daños y perjuicios se eleva a ochocientas setenta y cinco mil setecientas veintiséis pesetas; y si se efectúa la presente reclamación a "**Emaya**, S. A.", ha sido porque el Ayuntamiento de Palma, que ha sido demandado ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de esta ciudad por la misma cuestión, ha derivado hacia dicha empresa "**Emaya**, S. A.", la responsabilidad, según las manifestaciones hechas en sus escritos; alega los fundamentos de derecho que creyó oportuno y termina suplicando se dicte sentencia declarando que la demandada está obligada a pagar a la actora la suma de ochocientas setenta y cinco mil setecientas veintiséis pesetas en concepto de daños y perjuicios causados como consecuencia de inundaciones y humedades provocadas por averías o desperfectos en las tuberías de que es responsable la entidad demandada; condenándola al pago de dicha cantidad tan pronto sea firme la sentencia, más los intereses legales a partir de la reclamación con expresa imposición de costas a la demandada.

RESULTANDO que por el Procurador don Antonio Nicoláu de Montaner, en representación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, se contestó a la demanda, oponiéndose a la misma, en base a los siguientes Hechos: Primero: No es totalmente cierto, tal como viene redactado. Segundo, Tercero y Cuarto: Se niegan. Quinto: Se niega; no se cree en absoluto que el Ayuntamiento de Palma haya podido atribuir en ningún momento ni lugar responsabilidad alguna a "**Emaya**", por los hechos que se relatan en la demanda, primero porque tal responsabilidad no existe y segundo, porque al haber una independencia jurídica total entre las personalidades del Ayuntamiento (Entidad de derecho público) y "**Emaya**" (Entidad de derecho privado) ninguna manifestación o actuación de aquella Corporación puede por sí sola determinar una atribución de responsabilidad económica a cargo de esta última. Sexto: Que aun en el caso de que se hubiera producido la avería y filtraciones de agua a que se refiere el hecho segundo de la demanda, dicha avería obedecería a causas fortuitas, pero no a una positiva y demostrable negligencia por parte de "**Emaya**". Séptimo: Que el hecho causante de los daños cuyo resarcimiento se solicita de adverso, caso de ser ciertos, se declaran producidos en el mes de junio de mil novecientos setenta y siete; la demanda de conciliación previa a la que ahora se contesta se instó en febrero de mil novecientos setenta y nueve, o sea que había transcurrido un plazo muy superior al año, y por consiguiente ha prescrito la acción que pudiera asistir a "Uto Ibérica, S. A.", en relación o como consecuencia de los hechos sucedidos en junio de mil novecientos setenta y siete. Alega los fundamentos de derecho que creyó oportunos y terminó suplicando se dicte sentencia desestimando la demanda, bien por declarar prescrita la acción ejercitada por la actora, o bien, caso de entrar en el fondo, por no existir culpa ni negligencia por parte de "**Emaya**, S. A.", y la producción de los supuestos daños alegados por la actora, absolviendo en consecuencia a "**Emaya**" de la demanda e imponiendo las costas a la parte actora.

RESULTANDO que evacuados los trámites de réplica, por la parte actora se solicitó la acumulación a estos autos de los de igual naturaleza instados en el Juzgado número dos de la misma ciudad, por la actora contra "**Emaya**, S. A.", y tramitada la acumulación por el Juzgado no se dio lugar a ello, pero apelada tal resolución la Audiencia de Palma dio lugar a la acumulación. Y levantada la suspensión se recibieron los autos a prueba practicándose los admitidos con el resultado que consta en autos; y evacuado asimismo por las partes el trámite de conclusiones iniciales, por el Juzgado dicho, se dictó sentencia con fecha nueve de febrero de mil novecientos ochenta y uno , desestimando la demanda, y todo ello sin hacer declaración sobre costas.

RESULTANDO que contra la preinserta sentencia del Juzgado se interpuso por la representación de la actora "Uto Ibérica, S. A.", recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos y elevados los autos a la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, y previa celebración de vista, por la misma se dictó sentencia con fecha catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y uno , estimando parcialmente el recurso, sin hacer declaración sobre costas.

RESULTANDO que a su vez contra la preinserta sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, por la representación de la demandada-apelada "Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S. A.", se preparó el presente recurso de casación por infracción de Ley, elevándose los autos a esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ante la que se ha personado en nombre del expresado recurrente el Procurador don Rafael Rodríguez Montuat, mediante escrito en el que se articulan los siguientes Motivos:

Primero: Al amparo del *número primero de artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , se denuncia la infracción por violación del *artículo mil novecientos setenta y tres del Código Civil* y doctrina legal contenida en sentencias -entre otras- de quince de febrero de mil ochocientos noventa y nueve, veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y ocho y veintidós de marzo de mil novecientos setenta y uno .

Segundo: Formulado al amparo del *número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , se denuncia la infracción consistente en violación por inaplicación del *artículo mil novecientos sesenta y ocho segundo del Código Civil* . Este motivo es simple corolario del anterior, puesto que caso de ser estimado, y considerarse que la prescripción no había quedado interrumpida frente a esta parte, es de automática aplicación el *apartado segundo del artículo mil novecientos sesenta y ocho del Código Civil* , ya que el transcurso de más de un año desde los hechos dañosos hasta la demanda contra "**Emaya**, S. A.", es cuestión que ni las partes ni el Tribunal "a quo" ponen en discusión por lo que dicho plazo prescriptivo debe jugar en toda su plenitud.

Visto siendo Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benaya.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que es interesante y preciso señalar que la demanda origen del pleito y del recurso fue promovida por la actora en reclamación de daños y perjuicios originados por la rotura de la red municipal de abastecimiento de agua, servicio municipal contratado por el municipio con la sociedad anónima a tal efecto constituida, "Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado", inscrita en el Registro al amparo de la Ley de Sociedades Anónimas; demanda que en principio fue dirigida contra el Ayuntamiento, previa reclamación administrativa en diecisiete de abril de mil novecientos setenta y ocho (los daños se ocasionaron en junio de mil novecientos setenta y siete), y más tarde, para obviar el problema de la legitimación pasiva, conjuntamente contra el Ayuntamiento y la Empresa Municipal citada, previo acto de conciliación de veintitrés de febrero de mil novecientos setenta y nueve.

CONSIDERANDO que la Sala de instancia, sin perjuicio de reconocer y admitir que la Sociedad Anónima contratante del servicio público de aguas ("**Emaya**, S. A."), como persona jurídica inscrita, tenía propia y distinta personalidad independiente del municipio, por lo que absuelve a éste de la reclamación, condena a aquella entidad al pago de la misma, no obstante la excepción propuesta por ella de haber prescrito el derecho ejercitado en virtud del *artículo mil novecientos sesenta y ocho del Código Civil* , y ello por obra no sólo de una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, según sentencias de esta Sala de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, doce de diciembre de mil novecientos ochenta y dieciséis de marzo de mil novecientos ochenta y uno , estimando que en el caso existe una voluntad decidida de no abandono del derecho (reclamación previa administrativa y posteriores) como fundamento subjetivo de la prescripción, sino mediante una asimilación de la reclamación previa administrativa a la interpretación extrajudicial para interrumpir la prescripción (*artículo mil novecientos*

setenta y tres del Código Civil), en cuanto dicha reclamación se dirigió contra quien, como el Ayuntamiento, no era sino "órgano de la Sociedad Anónima demandada" y "el Alcalde el Presidente de su Consejo de Administración", por tanto representante de aquélla (*artículo doce* de los Estatutos de la Sociedad Anónima y *setenta y seis de la Ley*), Alcalde o Teniente de Alcalde que fue el "pleno beneficiario de la reclamación" dicha, con la eficacia interruptiva lógica y justa en virtud de la doble condición de Alcalde y Presidente del Consejo, so pena de "quebrantar los principios de buena fe y de confianza que inspiran todo el tráfico jurídico privado", aquí en la modalidad de gestión de un servicio público, equivalente a la gestión directa, razón en definitiva, que lleva a la Audiencia a conceder eficacia a la repetida reclamación administrativa hecha en abril de mil novecientos setenta y ocho, cuando aún no había transcurrido el año desde la producción del evento dañoso (junio de mil novecientos setenta y siete), y pese a que la conciliación conjunta contra "**Emaya**, S. A.", no se hizo hasta febrero de mil novecientos setenta y nueve.

CONSIDERANDO que contra tal fallo y fundamento se dirige el primero y fundamental motivo del recurso (el segundo y último es mero corolario), al amparo del *artículo mil seiscientos noventa y dos, primero de la Ley Procesal*, con la denuncia de haberse violado por la Sala de instancia el *artículo mil novecientos setenta y tres del Código Civil* y el razonamiento de que, pues se ha reconocido la personalidad jurídica independiente de "**Emaya**, S. A.", única presunta responsable del daño y única deudora contra la que se debía haber dirigido la interpelación interruptiva, se debiera haber admitido la excepción propuesta, puesto que ella, desconocedora de la interpelación dirigida al Ayuntamiento en mil novecientos setenta y ocho, no puede ser afectada por la posterior y tardía hecha en mil novecientos setenta y nueve, en cuanto persona jurídica distinta y ajena, no interpelada en tiempo y como tal.

CONSIDERANDO 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 (*artículos primero, uno, y noveno, tres*), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (*artículo séptimo, uno, del Código Civil*), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (*artículo sexto, cuatro, del Código Civil*), 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 (*artículo séptimo, dos, del Código Civil*) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (*artículo diez* de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un "ejercicio antisocial" de su derecho (*artículo séptimo, dos, del Código Civil*), 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 sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y "constitutiva" personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) 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 persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad", según la doctrina patria.

CONSIDERANDO que también en el ámbito del Derecho administrativo, cuando se habla de los "entes públicos" o de gestión ("mutatis mutandi"), 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 Administración, 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, determinados en el *artículo mil novecientos setenta y tres del Código Civil*, por consiguiente no violado.

CONSIDERANDO que desestimado el motivo según lo expuesto, cumple también hacerlo del segundo, que alega la inaplicación del *artículo mil novecientos sesenta y ocho, segundo, del Código Civil*, puesto que sólo se interpone como subsidiario del primero, es decir, dando por supuesta la violación del *artículo mil novecientos setenta y tres* del mismo cuerpo legal.

CONSIDERANDO que, consiguientemente, procede rechazar el recurso, con las prevenciones del *artículo mil seiscientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, salvo en lo relativo del depósito, no hecho ante la disparidad de las sentencias de instancia.

FALLAMOS

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por "Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S. A.", contra la sentencia que, con fecha catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca; condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas; y líbrese al Presidente de la mencionada Audiencia, la certificación correspondiente, con devolución de los autos originales y rollo de Sala que remitió.

ASI por esta nuestra sentencia que se publicará en el Boletín Oficial del Estado e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Jaime de Castro.- Carlos de la Vega Benaya.- Rafael Casares.- José María Gómez de la Barcena.- Mariano Fernández Martín Granizo.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr don Carlos de la Vega Benaya, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la misma, en el día de su fecha, de que, como Secretario, certifico.- Vizcaíno Bris.- Rubricado.