

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2006
PLAN DE ESTUDIOS 1993



**LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO COMO
INSTRUMENTO ANTE EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD
JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS REALIZADO POR
LOS ACCIONISTAS EN EL SALVADOR**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

BONILLA ALMENDAREZ, XOCHILTH METZI
CABRERA MOLINA, CAROLINA DE LA PAZ
GARCÍA VILLALOBOS, DELMA CARMINIA

DIRECTORA DE SEMINARIO

DRA. DELMY ORTÍZ SÁNCHEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE DE 2006.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA
DRA. MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ

VICERRECTOR ACADÉMICO
ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

VICERRECTORA ADMINISTRATIVA
DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL
LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL
LIC. PEDRO ROSALÍO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA
LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICEDECANO
LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN
LICDA. BERTA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA

DIRECTORA DE SEMINARIO
DRA. DELMY ORTÍZ SÁNCHEZ

AGRADECIMIENTOS

La culminación de mi carrera con éxito es motivo de reconocimiento a aquellas personas que me han demostrado su cariño y apoyo a lo largo de mis estudios así:

Agradezco a DIOS por bendecirme cada día de mi vida y permitirme lograr el primer triunfo en mi vida;

A mi MADRE Margarita que ha sido mi mayor apoyo, que me ha demostrado su gran amor y comprensión, que a lo largo de mi vida siempre ha estado conmigo y a quien hoy le dedico esta tesis. Gracias mama.

A mi TIA Blanca que ha sido como mi segunda mamá a quien le agradezco su formación, su cariño y su amistad; a mi HERMANA Tania le agradezco su afecto, amistad, y comprensión (gracias por estudiar conmigo en las noches).

A mis compañeras de TESIS que más que compañeras y amigas han sido como hermanas, quienes han pasado conmigo momentos difíciles y felices como este, es por ello que las respeto y quiero mucho.

A David le agradezco su demostración de apoyo incondicional, cariño, y amistad, a lo largo de mi carrera, por confiar siempre en mí y demostrarme su amor.

A mis AMIGOS (Carlota, Mauricio, Rafael, León, Paty, Beatriz, Edwin) que desde primer año siempre me han demostrado su gran amistad y cariño.

Xochilth Metzti Almendarez.

AGRADECIMIENTOS

A Dios todo poderoso, por permitirme alcanzar una meta más en mi vida la cual he culminado satisfactoriamente y por darme siempre la fortaleza necesaria para no desfallecer a pesar de las dificultades, por ello le dedico esta tesis.

A mis padres Nelson y Carolina, a quienes amo profundamente, les dedico esta tesis por haberme brindado su comprensión y apoyo incondicional durante toda mi carrera, por sus consejos que me orientaron a tomar las mejores decisiones y por creer en mí.

A mis hermanos José, Ernesto y Katherine, a quienes quiero mucho.

A mis abuelos Rodolfo y Antonia, por sus consejos y por demostrarme su preocupación y apoyo durante toda mi carrera, gracias por su cariño.

A mi asesora Doctora Delmy Ortiz, por el tiempo que invirtió en la realización de este trabajo, por preocuparse por cada detalle y además, brindarme no solo sus conocimientos sino también sus consejos y amistad.

A mis maestros, que me formaron durante estos cinco años poniendo su empeño para formarnos como profesionales.

A mis amigos y demás familia, por su cariño y apoyo, por estar siempre que los necesito brindándome su ayuda y amistad.

Carolina De La Paz Cabrera Molina.

AGRADECIMIENTOS

A mi Padre José María García Ruiz, quien me enseñó que todo puede acabarse o abandonarte, pero tu inteligencia, sabiduría y recuerdos siempre te acompañarán.

A mi Madre Ana Vilma Villalobos de García, quien siempre ha creído en mí como hija, estudiante, profesional y como persona.

A mi hermana Claudia, quien siempre me ha ayudado y se ha preocupado por mí.

A mis hermanos Patricia, Pablo y Rosario, quienes siempre me han apoyado y brindado su ayuda cuando lo he necesitado.

A la Universidad de El Salvador, el Alma Mater, por abrir las puertas de la Educación Superior.

A todas las personas que de una u otra forma han contribuido a que obtenga este grado académico y sobre todo a aquellas que se preocuparon y trataron de aconsejarme, apoyarme, brindarme su amistad y de exigirme más, para que siempre diera mi mejor esfuerzo y nunca dejara de aprender.

A todos ustedes Muchas Gracias.

Ab imo pectore, Ex toto corde, Ad multos annos, bona fide.

Delma Carminia García Villalobos.

INDICE

Hoja de abreviaturas	
Introducción.....	i

CAPITULO UNO

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento y Delimitación del Problema.....	1
1.1.1 Identificación de la Situación Problemática.....	1
1.1.2 Delimitación Teórica, Temporal y Espacial De la Situación Problemática.....	5
1.1.3 Enunciado del Problema.....	6
1.2 Justificación.....	6
1.3 Objetivos.....	8
1.3.1 Objetivos Generales.....	8
1.3.2 Objetivos Específicos.....	8
1.4 Marco Referencial.....	9
1.4.1 Antecedentes Históricos.....	10
1.4.2 Antecedentes Filosóficos.....	10
1.4.3 Antecedentes Doctrinales.....	13
1.4.4 Antecedentes Legales.....	16
1.4.5 Antecedentes Contextuales.....	22
1.5 Sistema de Hipótesis.....	26
1.5.1 Hipótesis General.....	26
1.5.2 Hipótesis Específica.....	26
1.5.3 Operacionalización de las Hipótesis.....	27
1.6 Metodología.....	30
1.6.1 Población y Muestra.....	30
1.6.2 Métodos, Técnicas e Instrumentos.....	31

CAPITULO DOS
LA PERSONA JURÍDICA, SU ORIGEN, DESARROLLO Y DEGENERACIÓN
DE SU PERSONALIDAD

2.1 Origen	32
2.1.1 En el Derecho Romano.....	33
2.1.2 En la edad Media.....	35
2.1.3 En la Época Contemporánea.....	37
2.2 Concepto de Persona Jurídica.....	39
2.3 Persona y Personalidad Jurídica.....	48
2.3.1 Sociedad Colectiva.....	53
2.3.2 Sociedad de Responsabilidad Limitada.....	55
2.3 La Crisis de la Personalidad Jurídica.....	57
2.4 Acepciones del Abuso de la Personalidad Jurídica.....	63
2.5 Criterios para Determinar el Abuso de la Personalidad Jurídica.....	67

CAPITULO TRES
LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

3.1 Nociones Generales.....	75
3.1.1 Definición de la Doctrina del Levantamiento del Velo.....	75
3.1.2 Origen.....	78
3.2 Análisis de los Fundamentos.....	81
3.2.1 La Equidad.....	82
3.2.2 El Fraude.....	86
3.2.3 La Agency.....	93
3.3 Efectos y Finalidad.....	95
3.4 Críticas.....	104
3.5 El Levantamiento del Velo en los Estados Unidos de América.....	112
3.5.1 Origen.....	112

3.5.2 Características.....	117
3.5.3 Factores.....	121
3.5.3.1 Falta de Formalidades.....	121
3.5.3.2 La Infracapitalización o Equitable Subordination.....	122
3.5.3.3 Grupos de Sociedades.....	124
3.5.3.4 Sociedades Unipersonales (Closely Held Corporation).....	127
3.6 Levantamiento del Velo en España.....	128
3.6.1 Orígen.....	128
3.6.2 Formulación del Levantamiento del Velo en la Jurisprudencia Española.....	133
3.6.3 Casos Sistematizados por la Doctrina Española.....	144
3.7 Levantamiento del Velo en Argentina.....	147
3.7.1 Orígen.....	147
3.7.2 De la Teoría de los Propios Actos a la Desestimación de la persona Jurídica.....	151
3.7.3 De la Teoría de la Desestimación a la Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica.....	158

CAPITULO CUATRO

DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

4.1 Derecho Comparado y Jurisprudencia de la Doctrina del Levantamiento del Velo.....	163
4.2 Unipersonalidad.....	164
4.2.1 Jurisprudencia de Unipersonalidad.....	169
4.2.1.1 Sentencia “Meyer vs. Holley et all”.....	169
4.3 Grupos de Sociedades.....	172
4.3.1 Jurisprudencia sobre Grupos de Sociedades.....	182

4.3.1.1 Sentencia de 29 de Abril de 1994.....	182
4.3.1.2 Sentencia del 3 de Junio de 1991.....	185
4.3.1.3 Sentencia Konner S. A. S/Quiebra s/ Incidente de extensión de la Quiebra a Sudamtex.....	190
4.4 Infracapitalización.....	195
4.4.1 Jurisprudencia Judicial y Administrativa de Argentina en materia de Infracapitalización.....	201
4.4.1.1 Sentencia Veca Constructora S.R.L.....	201
4.4.1.2 Sentencia Seretti C/ Ditto.....	204
4.4.2 Casos de Infracapitalización Nominal.....	205
4.4.2.1 Sentencia del Palacio del Fumador.....	205
4.4.2.2 Sentencia Electromecánica na-riel-s.r.l.....	205
4.4.3 Casos Recientes.....	205
4.4.3.1 Sentencia Salazar C/ Forestal el Milagro.....	206
4.4.4 Algunos Casos que Rechazan la Infracapitalización.....	209
4.5 Fraude de Ley.....	210
4.5.1 Jurisprudencia de Fraude de Ley.....	220
4.5.1.1 Sentencia del 20 de Junio de 1991.....	220
4.5.1.2 Sentencia de 23 de Noviembre de 1993.....	223
4.5.1.3 Sentencia de 22 de Mayo de 1995.....	225
4.6 Supuestos Reconocidos en Argentina.....	228
4.6.1 La Sanción Prevista por el Artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales.....	231
4.6.2 Jurisprudencia de Terceros.....	233
4.6.2.1 Sentencia de 16 de Noviembre 1993.....	233
4.6.2.2 Sentencia de 30 de Enero de 1997.....	235

CAPITULO CINCO
ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN,
REALIDAD NACIONAL

5.1 Generalidades.....	237
5.2 Presentación y Análisis de los Resultados de la Investigación.....	238
5.3 Realidad Nacional.....	266

CAPITULO SEIS
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

6.1 Conclusiones.....	275
6.2 Recomendaciones.....	278
6.3 Propuesta.....	280
Bibliografía.....	284
Anexos	

HOJA DE ABREVIATURAS.

Art.	=	Artículo.
Arts.	=	Artículos.
Bis.	=	Igual Cita.
C. C	=	Código Civil.
Cn.	=	Constitución.
C.Com	=	Código de Comercio.
C.Com A	=	Código de Comercio Argentino.
C.Com E	=	Código de Comercio de España.
Ed.	=	Edición.
Edit.	=	Editorial.
inc.	=	Inciso.
lit.	=	Literal.
LAUB.	=	Ley de Arrendamientos Urbanos.

LAUBE = Ley de Arrendamientos Urbanos de España.
LB. = Ley de Bancos.

LCQA. = Ley de Concurso y Quiebras de Argentina.

LCLDA. = Ley Contra el Lavado de Dinero y otros Activos.

LSCA = Ley de Sociedades Comerciales de Argentina.

LSCE = Ley de Sociedades Comerciales de España.

ord. = Ordinal.

rom. = Romano.

pág. = Página.

págs. = Páginas.

S.R.L. = Sociedad de Responsabilidad Limitada.

INTRODUCCION.

El presente trabajo de investigación, pretende dar a conocer el tema de “*LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO COMO INSTRUMENTO ANTE EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA REALIZADA POR LOS ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN EL SALVADOR*”, el cual se ejecutó con el fin de optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, para tal fin, se a dividido en una serie de capítulos, de la siguiente forma:

El Capitulo Uno comprende la presentación de aspectos generales como el planteamiento de la investigación, la delimitación del tema, el enunciado del problema, la justificación de la investigación, los objetivos planteados, el sistema de hipótesis, su operacionalización, la metodología a utilizar, la población, la muestra y los instrumentos viables para la investigación.

El Capitulo Dos desarrolla el Origen de las Sociedades en el Derecho Romano, la Edad Media, la Época Contemporánea, los conceptos de Persona Jurídica, la Personalidad Jurídica, tipos de Sociedades, la Crisis de la Personalidad Jurídica, las diferentes acepciones del Abuso de la Personalidad Jurídica y los criterios para determinar el abuso de la misma; dando una perspectiva general de el desenvolvimiento y evolución de la persona jurídica, y específicamente de la Sociedad Anónima, así como su degeneración y el quebrantamiento del dogma del hermetismo de la personalidad jurídica.

El Capitulo Tres plantea de forma clara la definición de la doctrina del *Levantamiento del Velo*, su origen, el análisis de sus fundamentos, sus efectos y finalidad, criticas a esta doctrina, tanto en el ámbito favorable como

desfavorable, su desarrollo en países como Estados Unidos de América, España, Argentina, dando de forma amplia como a surgido y evolucionado en cada uno de estos países. Dando a conocer los fundamentos sobre los cuales se aplica el *Levantamiento del Velo* en cada legislación, estableciendo si se ha adoptado por la vía jurisprudencial o indirecta, o la vía legislativa o directa.

El Capítulo Cuatro presenta lo concerniente al derecho comparado y jurisprudencia de la doctrina del *Levantamiento del Velo*, analizando de forma detallada los diferentes grupos de casos en los cuales se desenvuelve el Levantamiento del Velo, tales como la unipersonalidad, los grupos de sociedades, la Infracapitalización, tanto nominal como material, el fraude de ley, así como el análisis de la jurisprudencia que reflejan estas situaciones y la aplicabilidad de ésta a través de el conocimiento de estos supuestos; además los supuestos reconocidos en el Derecho Argentino, en la Ley de Sociedades Comerciales, que reconoce esta figura explícitamente en el Art. 54 inc. 3 y teniendo como sanción la Inoponibilidad de la Persona Jurídica.

El Capítulo Cinco da a conocer los resultados de la investigación de campo y la comprobación de las hipótesis planteadas en el principio de la investigación, brindándose con ello los datos adquiridos a través de las encuestas y entrevistas, a los magistrados de la sala de lo civil, jueces de lo mercantil, y profesionales del derecho en general.

Para finalizar el Capítulo Seis es el apartado de las conclusiones y recomendaciones a las cuales se arribó luego del desarrollo y ejecución de la presente investigación, presentando como un aporte esencial una propuesta de reforma integral, dirigida no solo a la modificación de las normas establecidas en el código de comercio respecto de la responsabilidad de las sociedades

anónimas, a la vez se pretende que los aplicadores de justicia sean mas participativos o proactivos en el desempeño de su función al incluir en las fundamentaciones de sus sentencias los principios generales del derecho que sirven como la base de cualquier ordenamiento jurídico que procura la justicia como elemento principal en el resarcimiento de los daños y el reconocimiento y comunicación de la responsabilidad por los actos abusivos que puedan ocasionarse.

CAPITULO UNO.

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.

Sumario: 1.1 Planteamiento y Delimitación del Problema. 1.1.1 Identificación de la Situación Problemática. 1.1.2 Delimitación teórica, temporal y espacial de la situación problemática. 1.1.3 Enunciado del Problema. 1.2 Justificación. 1.3 Objetivos. 1.3.1 Objetivos Generales. 1.3.2 Objetivos Específicos. 1.4. Marco Referencial. 1.4.1 Antecedentes Históricos. 1.4.2 Antecedentes Filosóficos. 1.4.3 Antecedentes Doctrinales. 1.4.4 Antecedentes Legales. 1.4.5 Antecedentes Contextuales. 1.5 Sistema de Hipótesis. 1.5.1 Hipótesis General. 1.5.2 Hipótesis Específica. 1.5.3 Operacionalización de las Hipótesis. 1.6 Metodología. 1.6.1. Población y Muestra. 1.6.2 Métodos, técnicas e Instrumentos.

1.1 Planteamiento y Delimitación del Problema.

1.1.1 Identificación de la Situación Problemática.

La sociedad aparece en el Derecho Romano, época en la que no existía aún, la diferenciación entre el Derecho civil y Derecho mercantil; pero Roma solo conoció las sociedades generales y particulares¹.

Estas sociedades tienen, una característica esencial, consistía en que los romanos no conocieron en términos generales la teoría de la representación, pero por excepción hubo un tipo de sociedades para la cual los romanos crearon la teoría de la representación, sociedad que recibió el nombre de “*Vectigalli*”, sociedad conformada por las personas particulares a quienes el Estado había arrendado el derecho de percibir los impuestos. Este tipo de sociedad tiene especial importancia, por que de ella nacieron las formas de

¹ LARA VELADO, Roberto. “*Introducción al Estudio del Derecho Mercantil*”. 1ª Ed., Edit. Universitaria de El Salvador. San Salvador, El Salvador, 1972, págs. 40 y 41. La sociedad general fue la primera en aparecer, por que surgió como un desarrollo del sistema familiar y del fenómeno de la manumisión. Estas sociedades fueron de dos clases: a) las *Societas Omnium Bonorum*, que comprendía todos los bienes presentes y futuros de los socios, esta era consecuencia del sistema familiar propiamente; b) la *societa quoe ex quoestu veniut*, que surgió de la manumisión, ya que los esclavos no podían tener bienes en Roma, en consecuencia al ser hechos libres por manumisión carecían de bienes en lo absoluto, por eso no podían aportar bienes presentes, por lo tanto se comprometían a aportar únicamente los bienes que en el futuro adquirirían como resultado de su actividad. Las sociedades particulares, de las que surgieron a) la *Societas uniusrei*, destinadas a la explotación de un bien determinado y b) las *Societas alicuius negotiationis*, destinadas a la explotación de un tipo de negocio dado.

sociedad mercantil siguientes: sociedad colectiva, sociedad comanditaria simple y las sociedades de tipo bancario, como la *sociedad anónima*.

En el proceso de formación de sociedades durante el siglo XVI, surge la sociedad anónima a partir de las compañías creadas para el comercio con las Indias Orientales y Occidentales, que ostentaban un carácter de Derecho Público y una participación en el poder soberano. La concesión a éstas compañías del privilegio de la *responsabilidad limitada de sus socios* al importe de sus participaciones sociales respecto de las deudas de la compañía permitió su expansión, con el único fin de obtener un beneficio para los accionistas, lo que hizo necesario buscar una justificación para el mantenimiento de dicho privilegio².

El Código de Comercio Francés de 1807, inicia positiva y doctrinalmente la posibilidad de que la *sociedad anónima*, independizara definitivamente los patrimonios de los socios respecto al de la propia sociedad, no pudiendo ser obligados en lo personal.

A principios del siglo XX en los Estados Unidos de Norte América, se observó un problema, al encontrar sociedades de grandes capitales en manos de extranjeros no gratos, de esta forma se invocaron motivos bélicos³ y raciales para dar origen a una doctrina denominada del "*Levantamiento del*

² BOLDO RODA, Carmen. "*Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*". 3ª Ed., Edit. Aranzadi, 2003, pág. 39. Puede observarse que este privilegio se ha mantenido en los ordenamientos jurídicos modernos, ya que estos conservan la figura de la responsabilidad limitada, regulada en el Art. 127 C. Com. salvadoreño.

³ El inicio de la Primera Guerra Mundial, en el año 1914 fue el resultado de las ambiciones nacionalistas e imperialistas de los Estados, conformándose así dos alianzas, a la primera de ellas se le denominó la *Triple Alianza*, integrada por Alemania, el Imperio Austro-Húngaro e Italia; la segunda alianza fue conocida como la *Triple Entente*, que fue conformada por Francia, el Imperio Ruso y Gran Bretaña. Esta problemática no fue ajena a los Estados Unidos de América quien se convirtió en aliado de la *Triple Entente*.

Velo” la cual consiste en “*Establecer limites a las sociedades mercantiles cuando se sospecha que su uso ha sido abusivo y de mala fe, denominado a lo anterior como MIRAR LA SUSTANCIA Y DESPRECIAR LA FORMA*”⁴. Esto permitió a los Juzgadores Estadounidenses a *Descorrer el Velo*, es decir a descubrir las verdaderas intenciones e intereses de los accionistas de la sociedad resolviendo conforme a los hechos.

Esta idea, fue acogida en otros países Francia, Alemania, España, México y Costa Rica, con el objeto de aplicar ésta doctrina a aquellos casos en los que exista un *Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Anónimas*, sorprendiendo la buena fe de los acreedores y buscando además las verdaderas intenciones o intereses que se ocultaban tras la apariencia de la *responsabilidad limitada*, convirtiendo a la doctrina en un instrumento que brinda seguridad jurídica.

El Derecho Mercantil, contempla la autonomía absoluta de la persona jurídica y su patrimonio en relación a sus propietarios⁵, en ese sentido la *sociedad anónima* como persona jurídica posee elementos como: una denominación o razón social, nacionalidad, capacidad, domicilio, y patrimonio⁶; significa que al constituirse una sociedad esta es independiente de los sujetos que la crean tanto en sus actividades como en su patrimonio lo que implica una *responsabilidad limitada* del socio por las actividades que realiza la sociedad⁷.

⁴ HERRERA FONSECA, Rodrigo. “*La Doctrina del Levantamiento del Velo de las Personas Jurídicas y su Responsabilidad por Hechos Ilícitos Penales*”. 1ª Ed., Edit. Investigaciones Jurídicas S.A., 2000 pág. 30.

⁵ Arts. 52 inc. 2º C.C, en relación al Art. 17 inc. 3º C.Com., Que contemplan lo relativo a la autonomía de la persona jurídica, ya que establecen la independencia de la sociedad, respecto a los socios que la integran.

⁶ Arts. 52 inc. 2 y 540 Ord. 2º C.C, En relación a los Art. 2 rom. II, 17 inc. 3, 22 rom. I, II, V, VII y VIII y 25 inc. 1 C.Com., que comprende la denominación, domicilio, nacionalidad, capacidad y patrimonio como atributos de la persona jurídica.

⁷ Arts. 127 y 191 C.Com., Que establecen lo relativo a la figura de la *sociedad anónima* y *el privilegio de la responsabilidad limitada* que gozan sus socios.

El reconocimiento y respeto de la legalidad de la personalidad jurídica de las *sociedades anónimas*, además de la autonomía de su patrimonio como principios de derecho mercantil, requieren para su existencia la asociación de varias personas una finalidad u objeto social las actividades a las cuales se dedican y el reconocimiento⁸. La regla antes mencionada, tiene una excepción la cual no es muy común, es necesario la configuración de una serie de *factores de fraude de hecho y derecho* para su aplicación a favor de los acreedores a quienes se les otorga el derecho de atacar un patrimonio distinto del sujeto obligado, el cual ha desviado bienes en fraude de los acreedores beneficiarios, a través de sociedades aparentemente ajenas a él, sorprendiendo la buena fe de los acreedores *abusando de este modo de la sociedad; esto brinda la oportunidad que ceda el formalismo ante la realidad y oportunidad.*

En El Salvador *el Abuso que se hace de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Anónimas*, no es un problema ajeno a nuestra realidad por lo que se hace necesario *la Aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo* para poder acceder al patrimonio de aquellos socios que hayan utilizado a la *sociedad anónima* como un escudo para evadir responsabilidades, sea de carácter contractual o extracontractual.

En esta medida ante la falta de una norma expresa que contemple *la Doctrina del Levantamiento del Velo*, se hace necesario un conocimiento por parte de los estudiosos del derecho en El Salvador lo que contribuirá a tener un mayor control sobre las actividades que realizan las sociedades, y sobre los intereses que persigan sus socios.

⁸ Arts. 17 inc. 2, 22 rom. IV, 25 inc. 1 y 127 C.Com., En estos se determina el reconocimiento del estado a la persona jurídica, como creación del derecho positivo, así como también los requisitos de existencia de la misma.

1.1.2 Delimitación teórica, temporal y Espacial de la situación problemática.

El objeto de estudio relativo a “**La Aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo como Instrumento ante el Abuso de la Personalidad Jurídica realizada por los Accionistas de las Sociedades Anónimas en El Salvador**”, se procura que este cumpla con los objetivos para lo cual se hace necesario delimitarlo.

La investigación se enmarcará en el **Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Anónimas por parte de los Accionistas de las misma** y la falta de regulación de la **Doctrina del Levantamiento del Velo**, de manera expresa en el Código de Comercio actual.

Para hacer alusión a este fenómeno es necesario, apoyarnos en referencia bibliográfica, doctrinal y jurisprudencial de países como Estados Unidos de Norte América, España, Francia, Alemania, México y Costa Rica, concernientes al tema.

El desarrollo de este trabajo tomara como ámbito temporal del primero de enero del año dos mil al treinta y uno de diciembre del año dos mil cinco.

Para efectos de ubicación espacial se tomará como muestra el Municipio de San Salvador, debido a que en éste se encuentra un mayor registro de *sociedades anónimas*.

Las unidades de análisis para esta investigación serán, los jueces de los tribunales de lo Mercantil, Magistrados de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia y Profesionales del Derecho.

1.1.3 Enunciado del Problema.

Para efectos de la investigación sobre **“La Aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo, como Instrumento ante el Abuso de la Personalidad Jurídica realizada por los Accionistas de las Sociedades Anónimas en El Salvador”**, la problemática objeto de estudio se enuncia de la manera siguiente:

¿De qué forma los tribunales de lo mercantil pueden resolver, con base a La **Doctrina del *Levantamiento del Velo* en los Casos de Abuso de la Personalidad Jurídica de las *Sociedades Anónimas* Realizadas por los Accionistas?**

1.2 Justificación de la Investigación.

En El Salvador, al igual que en otras legislaciones, Estados Unidos de Norte América, Francia, Alemania, España, México y Costa Rica, la creación de una sociedad anónima produce como efecto inminente que la conducta de la persona jurídica no sea atribuible a quienes la realizan, sino al ente abstracto creado por la norma. La conformación de éste tipo de sociedades da la pauta para limitar la responsabilidad de los accionistas frente a las obligaciones contraídas por la sociedad, permitiendo que en muchos casos, aunque exista la posibilidad de que un socio cumpla con las obligaciones contractuales o extracontractuales que haya adquirido la sociedad, éste las evada valiéndose

del privilegio que le otorga el Código de Comercio, en su artículo 127 que establece: *los socios limitaran su responsabilidad al valor de sus acciones*; conllevando esto a que los accionistas se resguarden bajo la figura de la *responsabilidad limitada*.

En este sentido la investigación pretende dar a conocer la viabilidad de la doctrina del *Levantamiento del Velo*, para los aplicadores de justicia, en aquellos casos donde se refleja *el Abuso de la Personalidad Jurídica* y el aprovechamiento de la buena fe de los terceros; en virtud de que, para algunos autores no es una simple doctrina, sino un principio general que es fuente de Derecho, entendido como parte esencial de las normas jurídicas; en la medida que sea reconocido y aplicado, brindará una mayor seguridad jurídica, para todos aquellos que se relacionen con los negocios que realiza la *sociedad anónima*, y a la vez, contribuirá a que se desarrolle la equidad para proteger la buena fe de los terceros.

De esta forma, mediante la adopción y aplicación de esta doctrina no se pretende el desconocimiento de los principios informadores del Derecho Mercantil como el reconocimiento y respeto de la legalidad de la personalidad jurídica de las *sociedades anónimas* y la autonomía de su patrimonio; sino que, con ello se pretende que la constitución de las *sociedades anónimas*, no sirva como mecanismo de evasión de responsabilidades de los accionistas y la impunidad de la persona jurídica; dando la doctrina una mayor seguridad a los terceros y un mayor control a las sociedades de éste tipo.

Además, debido a que el Código de Comercio vigente, carece de una norma expresa que regule la doctrina del *Levantamiento del Velo*, se hace necesario difundirla para efectos de protección a los terceros involucrados en las

actividades que desarrollan las *sociedades anónimas*; a la vez, la introducción de reformas al Código de Comercio que faciliten a los juzgadores la aplicación de dicha doctrina.

La presente investigación es de utilidad no sólo en el plano teórico, sino que también llevará un beneficio práctico para la sociedad y en especial para los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, debido a que este tema no se ha explorado lo suficiente en El Salvador, por los profesionales del Derecho, como por los estudiantes de las diferentes escuelas de Derecho.

1.3 Objetivos.

1.3.1 Objetivos Generales.

1. Estudiar el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas, por parte de los accionistas de éstas en El Salvador.
2. Proponer la Doctrina del Levantamiento del Velo como mecanismo en la función juzgadora de los tribunales de lo mercantil.

1.3.2 Objetivos Específicos.

1. Establecer los criterios de existencia de abuso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas.

2. Proponer reformas al Código de Comercio actual tendientes a la incorporación del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas.
3. Determinar los requisitos necesarios para la aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo en El Salvador.
4. Demostrar que la Doctrina del Levantamiento del Velo es un instrumento de protección jurídica para los acreedores de las sociedades anónimas.

1.4 Marco Referencial.

1.4.1 Antecedentes Históricos

La sociedad mercantil, y en especial, la *sociedad anónima* ha sido producto de una evolución constante, desde la época antigua, pasando por la edad media y teniendo su mayor culminación en el mundo moderno, donde la sociedad anónima juega un papel muy importante para la economía mundial.

En un principio, la persona jurídica debía responder a intereses públicos y permanentes; ahora, se prescinde de aquellos valores y se acentúa la nota de la autonomía patrimonial; calificando así a la sociedad anónima como persona jurídica, creándose un nuevo sujeto de derecho que asume la condición de comerciante. La *sociedad anónima* se constituye como la persona jurídica típica, que guarda mayor semejanza con la persona física, gozando ésta de un nombre, una nacionalidad, un patrimonio personal y hasta derechos de la personalidad; dando origen a una nueva fundamentación de la personalidad jurídica, quedando abandonada la postura que Savigny o Putsch que

consideraba como esencial “*un interés público o permanente*”, dando paso a la autonomía patrimonial.

1.4.2 Antecedentes Filosófico.

La persona jurídica desde sus orígenes a estado sujeto a múltiples cuestionamientos; que discuten, desde la problemática de la conceptualización de la naturaleza de una persona jurídica, hasta considerar si es o no Constitucional el hecho de *descorrer el velo* que cubre a las *sociedades anónimas* (consideradas como la persona jurídica típicas), que se encuentran amparadas en la actualidad bajo los privilegios de la *responsabilidad limitada y la división de patrimonios*.

Esta problemática continua siendo una discusión recurrente para la ciencia jurídica, ya que en muchos casos se ha considerado que esta conectada de una forma particularmente determinante, a la aproximación jurídica que domina en cada periodo. En la actualidad, esta constante discusión se ha desembocado en una forma de pensar a lo que se ha llamado *Filosofía Analítica*⁹; esta se convierte en un instrumento importante para realizar análisis críticos a la realidad, y se contrapone con los supuestos de la filosofía. Con la filosofía analítica se superan los fundamentos del Iusnaturalismo y Positivismo, iniciándose así una visión más realista de la sociedad.

De ésta forma la considerable disparidad de opiniones sobre la persona jurídica, ha creado un número de respuestas tan heterogéneas que, sin tener en

⁹ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 60. Determinándose a la filosofía analítica como la filosofía *neopositivista* que tiene como principal instrumento el análisis del lenguaje. El estudio de la figura de la persona jurídica representa a un punto de encuentro entre el trabajo de los juristas que se dedican al estudio del derecho positivo y de lo teóricos del derecho de tendencia analítica.

cuenta la conceptualización que se adopte como punto de partida, la discusión parece conducir inevitablemente a un punto muerto.

Así se presenta la denominada teoría realista de la persona jurídica, la cual plantea que una entidad formada por diversas personas (accionistas) constituyen una persona jurídica, un sujeto de derecho; sin embargo, tal sujeto no es una persona natural y como tal solo puede existir en el mundo jurídico; es un sujeto artificial, por así llamarlo, que se ha creado por personas naturales con fines jurídicos; en ese sentido los derechos y obligaciones no incumben a un sistema jurídico *supraindividual* que puede separarse de las personas que lo componen.

Ésta teoría muestra su formulación más clara cuando a la persona jurídica se le otorgan atributos de la personalidad, así se habla de la existencia y objeto de la persona jurídica, de su organización, como algo con voluntad propia.

Muchos han tratado de evitar tales expresiones en la medida de lo posible, manifestando que solo se trata de una forma alegórica de hablar; de tal suerte que considera la posibilidad de que las personas físicas, junto con el reconocimiento del Estado, le atribuyan personalidad a la persona jurídica, pero que al verlo en su conjunto consideren que todo es una ficción, dándole paso de esta forma a la teoría de la ficción¹⁰.

¹⁰ HERRERA FONSECA, Rodrigo, citando a Luis Martínez Roldán y Jesús Fernández Suárez; Ob. cit., pág. 17. Establece que la naturaleza de las personas jurídicas ha tenido varias concepciones a través de la historia, las cuales agrupa en varias "teorías", entre las cuales menciona a la TEORÍA DE LA FICCIÓN, que tiene su origen en la tradición canónica y romana, acuñada por Savigny, dominó el panorama desde la edad Media hasta el siglo XIX y refiere que únicamente el ser humano es capaz de ser sujeto de derecho, y que se puede modificar ese principio al constituirse seres ficticios incapaces de voluntad, donde el reconocimiento del derecho es de carácter constitutivo.

La legislación salvadoreña, no es ajena a la adopción de una de estas corrientes filosóficas, así el Artículo 52 inciso 2° del Código Civil, establece que las personas jurídicas son aquellas personas *ficticias* capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, desde este punto de vista muchos sostiene que el Código Civil acepta la teoría de la *ficción*, viendo esto desde un sentido netamente etimológico; esto se debe, a que la legislación Civil es una copia del Código Civil Chileno¹¹, este a su vez, una copia del Código Civil francés. Sin embargo la teoría de la *ficción* de Savigny fue superada, desde el Código de Comercio francés de 1807, donde se inicia positiva y doctrinalmente la posibilidad de la existencia jurídica de la persona jurídica y en especial de la *sociedad anónima*.

Este es el caso, que ocurre en la legislación salvadoreña, por un lado el código Civil plantea a la persona jurídica como una ficción, como algo inexistente, ignorando de cierta forma las consecuencias materiales y reales que traen los actos que realizan las sociedades anónimas.

El Código de Comercio, contempla una posición más realista en su Art. 17 inciso tercero plantea que: *“tales entidades (las sociedades) gozan de personalidad jurídica, dentro de los límites que impone su finalidad y se consideran independientes de los socios que las integran”*. De lo anterior, se puede apreciar que existe una disparidad de criterios adoptados para el Código Civil como para el Código de Comercio; debido a que la técnica legislativa que se ha utilizado, es más de copiar legislaciones extranjeras que crear una acorde a la realidad que se vive.

¹¹ Debido a la costumbre de copiar legislaciones extranjeras, en El Salvador el Código Civil que data del año 1883, es una copia del Código Civil chileno, el cual es a su vez una copia del Código Francés de Napoleón, quien retomo las instituciones del Derecho Romano.

De ésta forma se demuestra que, aunque el Código Civil habla de entes ficticios en la actualidad se demanda un reconocimiento general de la teoría del realismo¹² para aceptar una independencia total de las personas jurídicas y en especial de las sociedades anónimas.

1.4.3 Antecedentes Doctrinal

La independencia patrimonial tuvo como efecto la incomunicación entre la *sociedad anónima* y sus socios; la relación entre el ente personificado y los sujetos que lo controlan, se manifiesta en interés de la persona jurídica, los cuales son ajenos a la de sus miembros; y los intereses particulares de los miembros son ajenos al ente personificado, denominándose a lo anterior el Dogma del Hermetismo de la Persona Jurídica¹³.

El abuso de la personalidad jurídica, se manifiesta con mayor evidencia en la utilización de la figura de la *sociedad anónima*, para aprovechar las ventajas del privilegio de la *responsabilidad limitada*; permitiéndole a los accionistas hacer un uso indebido de este, sorprendiendo en la buena fe a los terceros que se relacionan jurídicamente con la sociedad, ya sea en relaciones contractuales o extracontractuales.

¹² En la actualidad los distintos ordenamientos jurídicos, entre ellos el de El Salvador, declaran el derecho que poseen las personas jurídicas a ser reconocidos como sujetos de derechos y obligaciones independientes de los socios que las integran Art. 52 inc. 2 C.C. Art. 17 inc. 2 C.Com., de esta forma, las entidades sociales que se crean son autónomas e independientes tanto en sus actos como en su patrimonio.

¹³ El hermetismo de la persona jurídica se manifiesta tanto en el ámbito interior, donde en virtud del principio de que la decisión mayoritaria declara la voluntad de la persona jurídica, se afirma el poder libre e incontrolado de los órganos rectores, como en el ámbito exterior, donde la personalidad de la sociedad anónima excluye la de los socios, de modo que su conducta como individuos será indiferente a la sociedad como lo es la de esta última en relación al patrimonio de los socios.

Zerpa, Levis Ignacio cita a Juan M. Dobsom¹⁴, señala que *“la sociedad anónima es el paradigma actual de los tipos societarios mercantiles, sus especiales características permiten emplearla para asumir los mayores riesgos propios del acelerado crecimiento industrial, ella ha venido siendo objeto de una verdadera utilización masiva”*. Al reducirse la persona jurídica a un puro concepto formal y por ende convertirse en un escudo legal para los accionistas, genera su masiva utilización instrumental por quienes querían obtener a través de ella beneficios económicos, completamente ajenos a los fines por la cual fue creada.

Es así, como el privilegio de la responsabilidad limitada en las *sociedades anónimas*, se convierte en el fundamento del abuso de la personalidad jurídica; y donde la *sociedad anónima* es el medio donde mayor desenvolvimiento tiene las conductas abusivas de la personalidad jurídica.

La facilidad que les otorga la *responsabilidad limitada* en la transferencia de la riqueza sin sujetarse a requisitos mayores de publicidad, da la pauta para el desenvolvimiento de conductas abusivas que se han ido perfeccionando; dentro de las conductas con mayor conocimiento podemos recalcar el *fraude a una ley, fraude a terceros, el quebrantamiento de obligaciones contractuales y extra contractuales, cuando el accionista mayoritario dispone de la sociedad como suya, cuando ocurre quiebras fraudulentas o maniobras financieras*.

La degeneración del concepto de la personalidad jurídica, en marcado en el abuso de ésta, conlleva al quebrantamiento de principios de derechos sumamente importantes para los terceros de buena fe y en general para la

¹⁴ ZERPA, Levis Ignacio. *“El Abuso de la Personalidad Jurídica en Sociedades Anónimas”*. artículo publicado en el Internet www.Zur2.com/fcjp/116/Zerpa.htm-. Consultado el 25/marzo de 2006.

colectividad¹⁵. El principio que se vuelve más vulnerado con el abuso de la personalidad, es la seguridad jurídica, que se ve quebrantado por los accionistas de la *sociedad anónima* al sorprender en la buena fe a los terceros que participan en las relaciones contractuales o extracontractuales. Así las conductas abusivas de la personalidad jurídica, evolucionan a medida que la sociedad anónima obtiene nuevos privilegios dentro de las legislaciones, teniendo como resultados nuevos escudos legales.

La complejidad de intereses en juego respecto a las *sociedades anónimas* requiere una gran reflexión, por una parte la comunidad no podría resistir el precio que implica desconocerla de forma absoluta; por otra encontramos principios como la seguridad jurídica, el cual es de suma importancia en los ordenamientos jurídicos. Sin embargo la *sociedad anónima* no debe convertirse en una institución que quebrante los principios generales del derecho amparándose en la aplicación estricta del formalismo y el hermetismo, los cuales en muchas ocasiones no son congruentes con los principios de justicia.

La doctrina del *Levantamiento del Velo*, surge en Estados Unidos de Norteamérica con el objeto de superar la estructura formal de las personas jurídicas e indagar en su sustrato y de esta forma alcanzar a las personas que se hallaban encubiertos tras el manto corporativo con el fin de realizar actos que el derecho les prohibía o que eran contrarios al ordenamiento jurídico; con esta doctrina se procedió a establecer límites a las *sociedades anónimas* cuando se sospecha que su uso ha sido abusivo y de mala fe. No obstante, la doctrina establece que el *Levantamiento del Velo* es aceptado sólo cuando sea asociado a la naturaleza y finalidad de la persona jurídica.

¹⁵ ZERPA, Levis Ignacio. Ob. cit., Consultado el 25/marzo de 2006.

La aplicación de la doctrina del *Levantamiento del Velo* varía según el ordenamiento jurídico que se estudie, por ejemplo¹⁶ en:

- a) Los Estados Unidos de Norteamérica que fue donde surgió esta Doctrina se requieren ciertos presupuestos para su aplicación, estos son: *considerar a los socios como verdaderos propietarios de un capital a nombre de una persona jurídica, cuando sea necesario impedir un fraude potencial o efectivo, para impedir un fraude de interés público, para impedir un fraude contra terceros de buena fe, cuando se pretenda reparar un daño por incumplimiento de una obligación contractual o legal y cuando se requiere resarcir un daño por una sociedad agencia controlada madre;*
- b) España el *Levantamiento del Velo* se basa en la buena fe de los socios cuando actúen con fines ilícitos;
- c) Argentina se fundamenta en el abuso del derecho, simulación, razones de Estado, la unidad económica o conjunto económico y en la ley No. 19.550 sobre sociedades comerciales.

1.4.4 Antecedentes Legales

Los entes societarios han sido reconocidos por los diversas legislaciones, las cuales, los han reconocido como personas jurídicas, en El Salvador se ha

¹⁶ HERRERA FONSECA Rodrigo. Ob. cit. págs. 32 a 37. Expone los presupuestos que se requieren para la aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo, en países como Estado Unidos de Norte América, España y Argentina. Los presupuestos que señala el autor Herrera Fonseca, coinciden en los ordenamientos mencionados siendo sus diferencias más de índole formal gramatical, que sustancial.

reconocido, los principios que inspiran a estos entes así el Art.7 de la Cn¹⁷., establece el principio de la *Libertad de asociación* que es desarrollado por los otros cuerpos normativos en los Arts. 52 y 540 C.C¹⁸ 2 y17 inc. 2° C.Com¹⁹.

Este principio de libertad de asociación, hace referencia a la libertad individual que se ejercita colectivamente a través de una persona jurídica. Este Derecho de asociación, posee una doble dimensión, por un lado aparece como un derecho subjetivo de carácter individual y por el otro sólo es posible ejercerlo en tanto que hayan otros individuos que estén dispuestos a ejercitar igualmente dicho derecho.

En la Constitución se reconoce el Derecho que tienen los habitantes de El Salvador para que se asocien libremente, los demás cuerpos normativos como el C.C; en donde se reconoce a la persona jurídica²⁰, además de que distingue entre los tipos de sociedad (pública y particular)²¹; por otra parte el C.Com.;

¹⁷ Art. 7 Cn. Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. No podrá limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación. Se prohíbe la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial.

¹⁸ Art. 52 C.C. Las personas son naturales o jurídicas. Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Son personas jurídicas las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente.

Art. 540 C. C. Las personas jurídicas son de dos especies:

1° Corporaciones y fundaciones de utilidad pública;

2° Asociaciones de interés particular;

¹⁹ Art. 17 inc. 2° C. Com. Sociedad es el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse.

²⁰ Art. 52 C.C. Las personas son naturales o jurídicas. Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Son personas jurídicas las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente.

²¹ Art. 540 C. C. Las personas jurídicas son de dos especies:

1° Corporaciones y fundaciones de utilidad pública;

2° Asociaciones de interés particular;

reconoce sujetos de derecho mercantil a las sociedades, las cuales son personas jurídicas y el inc. 2° del Art. 17²² reconoce dicho principio al reconocer que para que exista una sociedad es necesaria la celebración de un contrato solemne en el que concurran dos o más personas.

Otro principio que contempla la Constitución es el Art. 22²³, *la Libre disposición de los bienes*, este principio esta desarrollado por los Arts. 3²⁴, 17 inc. 2°²⁵, 22 rom. X²⁶, 30 inc. 2° y 945²⁷ C.Com. La libertad de disponer de los bienes nace del derecho de propiedad junto con el derecho de usar. Este principio es la manifestación de los Derechos fundamentales de la propiedad y libertad, consiste en la potestad que tiene toda persona de poder realizar actos de dominios sobre sus bienes, es decir, que se encuentra facultados para transmitirlos o enajenarlo, ya sea por un acto entre vivos o por causa de muerte.

La Constitución establece que toda persona tiene Derecho a disponer libremente de sus bienes; en materia de comercio a la sociedad anónima como

²² Bis. Art. 17 inc. 2 C.Com.

²³ Art. 22.Cn. Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción.

²⁴ Art. 3 C. Com.- Son actos de comercio:

I.- Los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales y los actos realizados en masa por estas mismas empresas.

II.- Los actos que recaigan sobre cosas mercantiles.

Además de los indicados, se consideran actos de comercio los que sean análogos a los anteriores.

²⁵ Art. 17 inc. 2° C. Com. Sociedad es el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse.

²⁶ Art. 22 C. Com. La escritura social constitutiva debera contener:

rom. X. Manera de hacer distribución de utilidades y en su caso la persida entre los socios.

²⁷ Art. 945 C.Com.- Las obligaciones, actos y contratos mercantiles en general, se sujetarán a lo prescrito en el Código Civil, salvo las disposiciones del presente título.

persona jurídica posee derechos que son reconocidos en el Art. 52 C.C.²⁸; lo que le permite disponer sobre su organización, transformación, o disolución; así como los bienes que pondrán en común para la constitución y funcionamiento del ente y la forma en que estos han de ser distribuidos lo que se encuentra regulado en los Arts. 326²⁹, 333³⁰, 334³¹ C.Com.

La *Libertad de Contratación* que establece el Art. 23Cn.³² tiene mucha incidencia respecto a la persona jurídica, de allí que sea desarrollado por los Arts. 3³³, 17 inc.2³⁴; 945³⁵ C.Com. Este principio comprende aspectos como la libertad de celebrar o no de terminado contrato, el derecho de elegir con quien contratar y el derecho de regular su contenido. El fin de éste principio es garantizar la autonomía de la voluntad de los sujetos que crean a la persona jurídica, así como también la autonomía del ente que a sido constituido, a quien

²⁸ Art. 52 C.C. Las personas son naturales o jurídicas. Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.
Son personas jurídicas las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente.

²⁹ Art. 326 C. Com. Disuelta la sociedad, se pondra en liquidación; pero conservará su personalidad jurídica para los efectos de esta. A su razón social o denominación se agregará la frase: "en liquidación". A quien corresponda el nombramiento de liquidadores, competará también fijar el plazo en que deba de practicarse la liquidación, el cual no podrá exceder de cinco años.

³⁰ Art. 333 C.Com.- Mientras dure el proceso de liquidación los socios pueden acordar los repartos parciales del haber social que sean compatibles con el interés de la sociedad y de sus acreedores. El acuerdo se tomará con la mayoría necesaria para modificar el pacto social.

³¹ Art. 334 C.Com.- El acuerdo sobre distribución parcial deberá publicarse en la misma forma y para los mismos efectos que el acuerdo de reducción del capital. El acuerdo no podrá ejecutarse, mientras no haya transcurrido un plazo igual al señalado en el artículo 30, con iguales efectos a los que en el mismo se expresan.

³² Artículo 23 Cn. Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.

³³ Bis. Art. 3 C.Com.

³⁴ Bis. Art. 17 inc. 2 C. Com.

³⁵ Bis. Art. 945 C.Com.

no se podrá obligar a contratar con un sujeto en particular si no es conforme a su voluntad.

Un elemento básico para la existencia de una sociedad es el reconocimiento de su personalidad jurídica por parte del Estado, lo que se encuentra establecido en el Art. 26 Cn.³⁶ y en los Arts. 21³⁷, 22³⁸, 23³⁹, 24⁴⁰, y 25 C. Com.⁴¹ constitucionalmente se reconoce el Derecho que tiene la persona jurídica a que le sea reconocida su personalidad jurídica; por otra parte el

³⁶ Artículo 26 Cn. Se reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica. Las demás iglesias podrán obtener, conforme a la ley, el reconocimiento de su personalidad.

³⁷ Art. 21 C. Com. Las sociedades se constituyen, modifican, disuelven y liquidan por escritura pública, salvo la disolución y liquidación judicial.

³⁸ Art. 22.C.Com.- La escritura social constitutiva deberá contener:

I. Nombre, edad, ocupación, nacionalidad y domicilio de las personas naturales; y nombre, naturaleza, nacionalidad y domicilio de las personas jurídicas que integran la sociedad.

II. Domicilio de la sociedad que se constituye.

III. Naturaleza.

IV. Finalidad.

V. Razón social o denominación, según el caso.

VI. Duración o declaración expresa de constituirse por tiempo indeterminado.

VII. Importe del capital social; cuando el capital sea variable se indicará el mínimo.

VIII. Expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes y el valor atribuido a estos.

IX. Régimen de administración de la sociedad, con expresión de los nombres, facultades y obligaciones de los organismos respectivos.

X. Manera de hacer distribución de utilidades y en su caso la aplicación de pérdidas entre los socios.

XI. Modo de constituir reservas.

XII. Bases para practicar la liquidación de la sociedad; manera de elegir liquidadores cuando no fueren nombrados en el instrumento y atribuciones y obligaciones de estos.

Además de los requisitos aquí señalados la escritura deberá contener los especiales para cada clase de sociedad que se establece en este código.

³⁹ Art. 23 C.Com. Los estatutos de la sociedad deberán contener las cláusulas de la escritura social, cuando no esten comprendidos en la mismas; desarrollaran los principios establecidos en tales cláusulas y no podran contradecirlos en forma alguna.

Los estatutos pueden formar parte de los pactos establecidos en la escritura social o estar fuera de ella; en este ultimo caso corresponde a la autoridad maxima de la sociedad decretarlos, debiendo aparecer integramente en el acta de la sesion en que fueron aprobados,

La certification del acta a que se refiere el inciso anterior, se inscribira en el registro de comercio, después de inscrita la respectiva escritura de constitución de la sociedad.

⁴⁰ Art. 24 C.Com.- Las escrituras de constitución, modificación, disolución y liquidación de sociedades, lo mismo que las certificaciones de las sentencias ejecutoriadas que contengan disolución o liquidación judiciales de alguna sociedad, se inscribirán en el Registro de Comercio.

⁴¹ Art. 25 C.Com. La personalidad jurídica de las sociedades se perfecciona y extingue por la inscripción en el registro de comercio de los documentos respectivos.

Dichas inscripciones determinan, frente a terceros, la facultades de los representantes y administradores de las sociedades de acuerdo con su contenido.

C.Com.; establece los requisitos formales, que deben de cumplir para su constitución, modificación, disolución y liquidación; así también es específico al establecer que la personalidad jurídica de la sociedad se perfecciona y se distingue con la inscripción en el registro de comercio.

Otro principio es la libertad económica reconocida por el Art.101⁴² Cn. y el Art. 1⁴³ C.Com.; este principio el Estado garantiza la promoción del desarrollo económico, a través del incremento de la producción fomentaron a los sectores productivos. Esto se puede observar a través del C.Com. Que regula los comerciantes entre los que se encuentra el comerciante social.

Un aspecto determinante para el comerciante social es el principio contemplado en el Art. 115⁴⁴ Cn. que comprende el ejercicio del comercio, éste es desarrollado por los Arts. 6⁴⁵, 15⁴⁶ C.Com. La constitución junto al C.Com.; han reservado como patrimonio de los salvadoreños por nacimiento y de los

⁴² Art. 101 Cn. El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano. El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores.

⁴³ Art. 1C.Com.- Los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles se registrarán por las disposiciones contenidas en este Código y en las demás leyes mercantiles, en su defecto, por los respectivos usos y costumbres, y a falta de éstos, por las normas del Código Civil. Los usos y costumbres especiales y locales prevalecerán sobre los generales.

⁴⁴ Art. 115 Cn. El comercio, la industria y la prestación de servicios en pequeño son patrimonio de los salvadoreños por nacimiento y de los centroamericanos naturales. Su protección, fomento y desarrollo serán objeto de una ley.

⁴⁵ Art. 6 C.Com. Solamente pueden ejercer el pequeño comercio y la pequeña industria los salvadoreños por nacimientos y los centroamericanos naturales, quienes tendrán derecho a la protección y asistencia técnica del Estado, en las condiciones que establezca una ley especial.

Los que contavengan lo dispuesto en el inciso anterior quedarán sujetos a las sanciones que la ley especial indique y en su caso, sus establecimientos serán cerrados siguiendo el procedimiento establecido en la misma.

La ley especial fijará el límite por bajo del cual se considerará a una empresa como pequeño comercio o pequeña industria.

⁴⁶ Art. 15 C.Com. No están sujetos al cumplimiento de las obligaciones profesionales contenidas en el Libro Segundo que este Código impone, los comerciantes e industriales en pequeño cuyo activo no excede de cien mil colones. Cumplirán únicamente con las contenidas en los números I y IV del Art. 411 de este mismo Código.

Centroamericanos naturales el ejercicio del comercio, la industria y la prestación de servicios en pequeño a quienes el estado ha tratado de dar protección y asistencia técnica a través de aplicación en la creación, constitución, desarrollo y liquidación de la sociedad anónima.

Aunque la Legislación Salvadoreña contempla los principios antes mencionados no contempla uno de los mecanismos que ha servido a nivel internacional para contrarrestar los abusos de la personalidad jurídica de las *sociedades anónimas*, como lo es la Doctrina del *Levantamiento del Velo*. Esta doctrina se ha desarrollado con éxito en legislaciones de países como: España, Argentina y Estados Unidos de América.

1.4.5 Antecedentes Contextuales.

La *sociedad anónima* tiene al lucro como componente de su objeto⁴⁷, la *responsabilidad limitada* debe servir para hacer rodar los objetivos de la sociedad sometiéndose sin condicionamientos a las reglas del “*Buen comerciante*”, a efectos que éste se desarrolle tranquila y pacíficamente en el mercado comercial internacional y nacional a sabiendas que su patrimonio no será afectado directamente, sino que los que contraten con la sociedad que aquél a construido conozcan que es ésta la responsable con su propio patrimonio y no otro diferente; así el mundo económico actual, requiere que los Estados impulsen políticas económicas tendientes al desarrollo de entes societario con miras a formar nuevos competidores en los mercados internacionales.

⁴⁷ Art.17 Inc.2, relacionado al Art.191 del C. Com. Donde se estable que la sociedad es un ente jurídico formado por dos o mas personas, las cuales ponen en común bienes con la finalidad de repartirse entre si los beneficios que provenga de los negocios de la sociedad.

Para alcanzar un mayor desarrollo de los mercados económicos nacionales e internacionales, los Estados han tenido que otorgar una serie de beneficios⁴⁸ y ventajas que impulsen la creación de sociedades *anónimas*; beneficios que se traducen principalmente en la *responsabilidad limitada* de los socios y la *separación de patrimonios* de la sociedad y de los accionistas, sin embargo, estos beneficios han sido la causa de generación de conductas abusivas por parte de los accionistas de las *sociedades anónimas*, que utilizan al ente para realizar conductas como el *fraude de ley*, *fraude a terceros*, *la evasión de responsabilidades contractuales y extracontractuales*, *el fraude realizado por una filial controlado por una sociedad madre*, *cuando el accionista mayoritario dispone de la sociedad como suya entre otras conductas*.

El remedio frente a estas conductas abusivas se ha creído encontrar por los autores⁴⁹ y la jurisprudencia internacional⁵⁰ en la posibilidad de desestimar o prescindir de la estructura formal de la *sociedad anónima*, para poder penetrar hasta descubrir su sustrato personal y patrimonial. De esta forma surge la denominada doctrina del *Levantamiento del Velo*, la cual tiene como finalidad descubrir las verdaderas intenciones de los socios que se esconde tras la figura de la sociedad anónima.

La Doctrina del *Levantamiento del Velo*, se ha presentado como un instrumento viable de aplicación para los tribunales de países como: Estados Unidos de Norte América, España, Argentina, entre otros; al resolver los casos

⁴⁸ Algunos países que han brindado beneficios son: Estados Unidos de Norteamérica, España, y Argentina; en El Salvador los privilegios que se otorgan a las sociedades anónimas es la responsabilidad limitada y la separación de patrimonios regulado en los Artículos 17 Inc 2, 127, 191 todos del Código de Comercio.

⁴⁹ Como lo son: J.M. DOBSON, Carmen, BOLDO RODA, Rolf SERICK, Ricardo de ANGEL YAGUEZ.

⁵⁰ De Estados Unidos de Norteamérica, España, Argentina.

de Abuso de la Personalidad jurídica de las *sociedades anónimas*, donde se ha visto vulnerada la buena fe de los terceros involucrados en las actividades que realiza la sociedad.

La inminente evolución de la *sociedad anónima* y sus privilegios⁵¹ en los mercados económicos internacionales, ha permitido que los países⁵² busquen mecanismos de protección orientados a resguardar los derechos de terceros que se relacionan comercialmente con las *sociedades anónimas*; a la vez la eliminación de conductas encaminadas a la violación de garantías estatales como la defraudación fiscal.

Es así, como los países buscan una doble protección, no solo para la colectividad sino para el estado mismo. La doctrina del *Levantamiento del Velo* se vuelve más aceptada dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos⁵³, por convertirse en un instrumento de gran utilidad para “*penetrar*” dentro de la *sociedad anónima*, y así, reconocer las verdaderas intenciones de los accionistas, que en muchos casos difieren de la finalidad lícita de la sociedad.

La aplicación de la doctrina del *Levantamiento del Velo*, no solo trasciende en la *penetración de la sociedad anónima* y en la protección de los derechos económicos de los terceros involucrados; esta se convierte en un mecanismo garantista de la *seguridad jurídica* en la sociedad y en una barrera para las

⁵¹ La inminente evolución del mercado económico internacional ha generado que los estados otorguen beneficios o privilegios a las sociedades anónimas, como lo son la responsabilidad limitada y la separación de patrimonios. En El Salvador estos privilegios han sido regulados en los Arts. 7, 101, 115, Cn; 17 Inc. 2, 127, 191 C.Com.

⁵² Dentro de los estados que han brindado mayor protección y otorgado privilegios a las sociedades anónimas se encuentran Los Estados Unidos de Norteamérica, España, y Argentina, a través de la estructuración de cuerpos normativos especializados.

⁵³ Dentro de los ordenamientos más importantes se encuentra los de Estados Unidos de Norteamérica que es donde inicia la Doctrina del Levantamiento del Velo, España, Argentina, entre otros.

conductas abusivas que se degeneran de los privilegios otorgados a la *sociedad anónima*.

Los diversos beneficios de la doctrina del *Levantamiento del Velo*, su fundamentación y aplicabilidad en los principios de equidad y su carácter garantista de la seguridad jurídica, hacen que esta se convierta en un *instrumento idóneo*⁵⁴ en el mundo económico actual, y por ello de gran *aceptación* en los diversos sistemas normativos internacionales; convirtiéndose así en la nueva defensa contra el abuso de la personalidad jurídica vigente.

El desconocimiento de la doctrina del *Levantamiento del Velo* en El Salvador, hace que esta no se tome como un instrumento efectivo para contrarrestar el abuso de la personalidad jurídica de las *sociedades anónimas* salvadoreñas; esta no se encuentra regulada en nuestro sistema normativo, dando la pauta, a una mayor violación de derechos a los terceros intervinientes en las relaciones contractuales o extracontractuales de la sociedad anónima.

Es importante señalar que La doctrina del *Levantamiento del Velo*, a pesar de su gran importancia en la eliminación de conductas abusivas por parte de los accionistas, no se encuentra regulada en El Salvador contrastando con la realidad internacional existente, donde es un arma muy importante para brindar seguridad jurídica a la colectividad y a la vez un instrumento viable para realizar una verdadera fiscalización de las *sociedades anónimas*.

⁵⁴ HERRERA FONSECA, Rodrigo. Ob. cit., pág. 32.

1.5 Sistema De Hipótesis.

1.5.1 Hipótesis General.

El conocimiento de La doctrina del *Levantamiento del Velo* por parte de la Sociedad Salvadoreña, incide en la disminución del Abuso de la Personalidad Jurídica en la *Sociedad Anónima*.

1.5.2 Hipótesis Específicas.

1. El privilegio de la *Responsabilidad Limitada* en las *Sociedades Anónimas* Salvadoreñas, incide en la generación de conductas abusivas por parte de los accionistas.
2. La Introducción de La doctrina del *Levantamiento del Velo* en la Legislación Salvadoreña, permitirá un control eficiente de las actividades que realizan los accionistas de las *Sociedades Anónimas* Salvadoreñas.
3. El conocimiento de La doctrina del *Levantamiento del Velo* por los tribunales de lo mercantil, contribuirá a resolver los casos de evasión de responsabilidad por parte de los accionistas de las *Sociedades Anónimas* en los procesos mercantiles salvadoreños.
4. La doctrina del *Levantamiento del Velo* será un instrumento idóneo para contrarrestar las conductas abusivas que han afectado a los terceros acreedores y consumidores de buena fe.

1.5.3 Operacionalización De Las Hipótesis

1.5.3.1 Unidades de Análisis:

1. Jueces de los tribunales de lo mercantil de San Salvador.
2. Accionistas de las *Sociedades Anónimas*.
3. Leyes Sustantivas (Código Civil, Código de Comercio, Ley de Bancos, Ley de Inversiones, Ley de Competencia, Ley de la Superintendencia del Sistema Financiero, Ley de Protección al Consumidor).
4. Terceros de Buena Fe.

1.5.3.2 Variables:

a) Independientes:

- a.1 “El conocimiento de La Doctrina del *Levantamiento del Velo*”.
- a.2 “El privilegio de la *Responsabilidad Limitada*”
- a.3 “La introducción de La doctrina del *Levantamiento del Velo*”.

b) Dependientes:

- b.1 “Abuso de la Personalidad Jurídica”.
- b.2 “Conductas Abusivas”.
- b.3 “Control eficiente de las Actividades de los Accionistas”.
- b.4 “Evasión de Responsabilidad”.

VARIABLES	DIMENSIÓN	INDICADORES
<p>VARIABLES INDEPENDIENTE</p> <p>a.1 Privilegio de la Responsabilidad Limitada.</p> <p>a.2 Introducción de La Doctrina del Levantamiento del Velo.</p> <p>a.3 El conocimiento de la Doctrina del Levantamiento del Velo.</p>	<p>a.1.1 Doctrinal</p> <p>a.1.2 Legislativa</p> <p>a.1.3 Socio-Económico.</p> <p>a.2.1 Doctrinal.</p> <p>a.2.2 Legislativo.</p> <p>a.2.3 Socio-Económico.</p> <p>3.1 Doctrinal.</p> <p>3.2 Legislativa.</p>	<p>a.1.1.1 Reconocimiento a nivel nacional e internacional</p> <p>a.1.2.1 Regulación en :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código Civil. • Código de Comercio • Ley de Protección al Consumidor. • Ley de Inversiones. <p>a.1.3.1 Patrimonio Independiente.</p> <p>a.1.3.2 Aporte de los socios</p> <p>a.2.1.1 Reconocimiento a nivel extranjero:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Estados Unidos de Norte América. • España. • Argentina. <p>a.2.2.1 Ausencia en la Legislación Salvadoreña.</p> <p>a.2.3.1 control:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Financiero. • Actividades. • Fiscal. • Registral. <p>a.3.1.1. Desconocimiento a nivel nacional por:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Magistrados de la Sala de lo Civil. • Magistrados de Cámara de lo Civil. • Jueces de lo Mercantil. • Profesionales en el libre ejercicio. • Docentes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. <p>a.3.2.1 No regulación en:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución

	3.3 Jurisprudencial.	<ul style="list-style-type: none"> • Código Civil • Código de Comercio Leyes Especiales. (Ley de Bancos, Ley de Inversiones, Ley de Superintendencia, Ley de Competencia, Ley de Protección al Consumidor). a.3.3.1 Inexistencia a nivel nacional. a.3.3.2 jurisprudencia a nivel internacional. <ul style="list-style-type: none"> • Estados Unidos de Norteamérica. • España. • Argentina.
VARIABLES DEPENDIENTES b.1 Conductas Abusivas. b.2 Control eficiente de las Actividades de los Accionistas. b.3 Evasión de responsabilidad	b.1.1 Doctrinal. b.1.2 Judicial. b.1.3 Socio-Económico. b.2.1 Legal b.3.1 Judicial.	b.1.1.1 Criterios: <ul style="list-style-type: none"> • Fraude a la Ley. • Fraude a Terceros. • Abuso de la Buena Fe. • Incumplimiento de Obligaciones Contractuales. • Filiales o agencias. b.1.2.1 Falta de Responsabilidad : <ul style="list-style-type: none"> • Impunidad. • Inseguridad Jurídica. b.1.3.1 Defraudación a la Economía. b.1.3.2 Indemnización para los afectados. b.2.1.1 Vigilancia del Estado: <ul style="list-style-type: none"> • Superintendencia del Sistema Financiero. • Dirección de Protección al Consumidor. • Ministerio de Hacienda. b.3.1.1 Impunidad. b.3.1.2 Inseguridad Jurídica. b.3.1.3 Irresponsabilidad por parte del Accionista.

1.6 Metodología.

1.6.1 Población y Muestra.

Para la realización de la investigación, se hará uso de una serie de métodos y técnicas que facilitaran la comprensión de **la doctrina del *Levantamiento del Velo***, y los **Abusos de la Personalidad jurídica de las *Sociedades Anónimas***; para ello se pondrá en práctica el análisis, descomponiendo a la doctrina en sus elementos esenciales, para identificar y estudiar cada uno de ellos, sus relaciones entre si, así como la relación que tienen con la realidad que vive El Salvador, y la posibilidad de su implementación en el Código de Comercio Vigente.

Para la elaboración será necesario contar con ciertas unidades de análisis, que comprenderán a los siguientes sujetos:

1. **Miembros de la Corte Suprema de Justicia:** que comprenderán a los jueces de primera instancia, específicamente a los jueces de lo mercantil de San Salvador; también se tomará en cuenta a los señores Magistrados de Cámara, del área de lo Civil de San Salvador, así como a los Magistrados de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.
2. **Profesionales del Derecho:** para esta unidad de análisis se tendrá en cuenta a los litigantes en el libre ejercicio de la profesión, así como a los docentes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, encargados del área mercantil.

3. **Instituciones:** dentro de este apartado se solicitará la opinión de varias instituciones tales como la Superintendencia del Sistema Financiero, la Defensoría del Consumidor, la Cámara de Comercio, FUSADES y FESPAD.

1.6.2 Métodos, Técnicas e Instrumentos.

Para la obtención de esta información se utilizará como técnica el manejo de encuestas, dirigidas a los profesionales del Derecho y de las Instituciones, así como también, la entrevista que se les realizará a los miembros de la Corte Suprema de Justicia; todo esto junto a la bibliografía, jurisprudencia y doctrina, referente al *Levantamiento del Velo* en las *sociedades anónimas*, que se pueda obtener de los Estados Unidos de Norte América, de España y de Argentina; que servirán como material de apoyo para el desarrollo de esta investigación.

CAPITULO DOS

LA PERSONA JURIDICA, SU ORIGEN, DESARROLLO Y DEGENERACIÓN DE SU PERSONALIDAD

Sumario: 2.1 Origen. 2.1.1 En el Derecho Romano; 2.1.2 En la Edad Media 2.1.3 En la Época contemporánea. 2.2 Concepto de Persona Jurídica. 2.3 Persona y Personalidad Jurídica. 2.3.1 Sociedad Colectiva. 2.3.2 Sociedad de Responsabilidad Limitada. 2.3.2 Sociedad de Responsabilidad Limitada. 2.4 La Crisis de la Personalidad Jurídica. 2.5 Acepciones del Abuso de la Personalidad Jurídica. 2.6 Criterios para Determinar el Abuso de la Personalidad Jurídica.

2.1 Origen

La sociedad mercantil, en especial, la *sociedad anónima*, ha sido producto de una evolución constante, desde la época antigua, pasando por la Edad Media, teniendo su mayor culminación en el mundo moderno, donde juega un papel muy importante para la economía mundial⁵⁵.

En un principio, la actividad mercantil organizada, estuvo en manos de empresarios individuales, pero, a medida que la economía se racionaliza y amplía progresivamente, el ámbito espacial de esa actividad y las fuerzas aisladas de esos empresarios resultan impotentes para montar, conjugar y mover el conjunto instrumental de elementos heterogéneos que requiere la explotación de una empresa. Asumir riesgos mayores requiere el ejercicio del comercio en gran escala, iniciándose un fenómeno asociativo de fuerzas individuales, que dio nacimiento a las sociedades mercantiles como entes

⁵⁵ LARA VELADO, Roberto. Ob. cit. pág. 40. La sociedad anónima ha sido producto de la constante evolución del mundo comercial, que tuvo sus raíces en la época antigua; actualmente este tipo de sociedades es muy importante para el desarrollo del comercio nacional e internacional.

jurídicos, que permiten repartir entre la pluralidad de personas el capital, riesgo y actividad necesaria para la buena marcha de los establecimientos.

Para la comprensión de este fenómeno, es necesario separar sus períodos:

2.1.1 Derecho Romano

Aparece la sociedad como figura jurídica, en la época que no existía diferencia entre Derecho Civil y Derecho Mercantil. El contrato de sociedad no producía la existencia de una persona, de esta forma, las sociedades romanas creadas fueron de dos tipos:

- a) *Sociedades generales; y,*
- b) *Sociedades particulares.*

La primera en aparecer fue la sociedad general, debido al desarrollo del sistema familiar y el fenómeno de la manumisión; en ese sentido, existían dos clases de sociedad, correspondientes a cada una de las situaciones anteriores, comprendiendo bienes diferentes para su composición:

1. "*Societas Omnium Bonorum*⁵⁶".
2. "*Societas Quoe Ex –questu Veniut*⁵⁷".

⁵⁶ Las "*Societas Omnium Bonorum*" comprendían todos bienes presentes y futuros de los socios, ésta era consecuencia del sistema familiar, que operaba fundamentalmente en Roma como sistema de propiedad; en el cual el *pater familiae*, como jefe absoluto de la unidad familiar, disponía a su voluntad de los bienes de la familia, sus hijos no podían repudiar la herencia, sino que, los bienes les pertenecían por un Derecho de copropiedad, por lo que, al desaparecer el jefe de familia, era asumido directamente por los hijos, a quienes se calificaba como herederos suyos y forzosos.

⁵⁷ LARA VELADO, Roberto. Ob. cit. págs. 40 y 41. Producto del fenómeno de la manumisión surgieron las "*Societas quoe-questu veniut*"; los esclavos no podían tener bienes en roma, en consecuencia, los esclavos que eran liberados

Posteriormente, se desarrollaron las *Societates Particulares*, cuya actividad se deducía en sus nombres, como:

1. “*Societas unius rei*”, destinada a la explotación de un bien terminado; y,
2. “*Societas alicuiud negotiationis*”, destinada a la explotación de un tipo de negocio dado.

La característica esencial de este tipo de sociedades, es que los romanos no conocieron, en términos generales, la teoría de la representación; en consecuencia, el representante no actuaba a nombre del representado. Los contratos celebrados por el mandatario, no causaban directamente sus efectos en el mandante, sino el mismo mandatario; este último, al dar cuenta al mandante, debía traspasarle los efectos de su gestión, esto tuvo como consecuencia, que quien actuaba a nombre de una sociedad adquiría o se obligaba a nombre propio; posteriormente, al dar cuenta los socios de la gestión realizada, tenían la obligación de “*comunicare*”, esto es, traspasar a sus consocios la parte proporcional que les correspondía, tanto en los bienes adquiridos como en las obligaciones contraídas.

Por excepción, hubo un tipo de sociedad para la cual, los romanos crearon la teoría de la representación; ésta recibió el nombre de “*vectigalli*”⁵⁸; éstas

por manumisión, al adquirir su libertad carecían de bienes en absoluto, pero quedaban ligados con su antiguo amo por los llamados derechos de patronato; la relación entre patrono y liberto tenía implicaciones económicas. Así los libertos de un mismo patrón antiguos compañeros de esclavitud y en aquel momento ligados hacia una misma persona por los derechos de patronato, se asociaron y aunque no podían aportar bienes presentes por la sencilla razón de que no los tenían por lo tanto, se comprometían a aportar únicamente los bienes que en el futuro adquirieran como resultado de su actividad.

⁵⁸ LARA VELADO, Roberto Ob. cit. pág. 42. La sociedad “*vectigalli*”⁵⁸; era la sociedad formada por los “*publiciani*”, o sea por las personas particulares a quienes el estado había arrendado el derecho de percibir los impuestos.

sociedades gozaba de personalidad distinta de sus socios y su representante, el “*magíster*”, obligaba a la sociedad con sus actos; éste tipo de sociedad, tuvo especial importancia, porque, fundamentalmente de ella nacieron las formas de sociedad mercantil.

2.1.2 Edad Media

Durante ésta época las repúblicas comunales de la Italia Central y Septentrional⁵⁹, partieron de la estructura de las “*Sociedades Vectigallí*” romanas.

La sociedad colectiva, fue la primera de las manifestaciones de las sociedades mercantiles, gozaba de personalidad distinta de sus socios, pero tenía la responsabilidad ilimitada de los mismos; ésta sociedad se cataloga como el primer desarrollo normal de la “*Vectigallí*”, con la diferencia de que se aplicó a toda clase de actividades mercantiles.

Inmediatamente, surgió la *Sociedad Comanditaria Simple*, debido a la necesidad de asegurar a ciertas personas⁶⁰; la *comenda* influyó de manera muy importante en la formación de la sociedad comanditaria simple, ésta consistía en la participación en los negocios de un comerciante, a cambio de una aportación económica que permanecía oculta al público, es decir, que no era conocido por los terceros.

⁵⁹ LARA VELADO, Roberto. Ob.cit. págs. 40 y 41.

⁶⁰ Como el caso de las viudas, que no tenían interés en administrar ni en contraer mayores responsabilidades económicas, las facilidades de colocar sus capitales dentro de las sociedades y percibir tranquilamente sus renta.

El proceso de formación de las sociedades de capitales, tuvo lugar en la Italia Medieval, específicamente en Florencia y Bolonia, donde nacieron sociedades de tipo bancario, como el Banco de Florencia, las cuales, surgieron como sociedades colectivas, admitiendo depósitos de diversas personas, los cuales percibían un interés; después de cierto tiempo, los depositantes comenzaron a querer retirar sus depósitos, lo cual no era permitido antes del plazo fijado.

La sociedad no podía permitir dar facilidad de retiro anticipado de los depósitos, por que ello habría significado la merma de su capital de trabajo y, en muchos casos la posibilidad de quiebra; entonces, como solución, aunque no completa, *las sociedades comenzaron a emitir títulos negociables*, para amparar *los depósitos*, a fin de que los depositantes pudieran verter dichos depósitos , a fin de que los depositantes pudieran vender dichos títulos y, por este medio, recuperar el dinero depositado; de ésta forma, esos títulos fueron los precursores de las acciones. Los socios de las sociedades emisoras de títulos comenzaron a sentir el enorme riesgo que corrían, porque eran responsables de todas las obligaciones sociales inclusive de las amparadas en los títulos emitidos; con el objeto de reducir esta responsabilidad, dieron a los títulos, Derechos de participación en las utilidades, en lugar del interés inicial y Derechos de participación en la administración de la empresa, a cambio de hacerlos corresponsales de las demás obligaciones sociales, hasta por el valor de sus títulos, en ese momento la acción había nacido y la antigua sociedad se había convertido en una comanditaria por acciones.

La *sociedad anónima* surge como producto de un proceso de transición⁶¹, el cual se dio cuando los antiguos socios colectivos prefirieron cambiar sus participaciones por títulos de acción, dejando la administración en manos de funcionarios electos por la Junta General; por tanto la estructura actual de la *sociedad anónima*, en gran parte fue copiada de las estructuras de las llamadas Compañías de Indias o Compañías de Colonización, las cuales mas que entes privadas fueron verdaderos entes autónomos estatales.

Manuel Broseta Pont⁶², comparte los anotados criterios sobre el origen de la *sociedad anónima*, señala que, ella nace al ser necesaria una gran acumulación de capital; destacando que las Compañías de Indias, fueron la primera expresión de la empresa de grandes dimensiones, un antecedente de lo que sería la gran sociedad anónima contemporánea. Su creación se debe a una alianza entre la incipiente burguesía industrial y comercial y las monarquías, la cual se explica, por que la primera está interesada en realizar la colonización siempre que se les concedan determinados privilegios para llevar a cabo, por su parte, la monarquía ve en estas empresas de colonización un instrumento adecuado para aumentar su período político y económico.

2.1.3 Época contemporánea.

En el mundo económico moderno, el papel de la *sociedad anónima* es primordial; como instrumento jurídico del capitalismo, permitió separar la propiedad de los accionistas respecto del poder que ejercen los

⁶¹ Esta ultima etapa es la mas tardía e influyo notablemente en ella la evolución sufrida por las condiciones económicas italianas al extenderse a principios de la Edad Moderna, al resto del continente europeo

⁶² ZERPA, Levis Ignacio. "El Abuso de la Personalidad Jurídica en Sociedades Anónimas". Citando a Manuel BROSETA PONT, artículo publicado en el Internet www.Zur2.com/fcjp/116/Zerpa.htm. Consultado el 25/marzo de 2006.

administradores, lo que sólo era posible mediante la *limitación de la responsabilidad* del accionista.

En un principio, la persona jurídica debía responder a intereses públicos y permanentes; hoy en día, se prescinde de aquellos valores y se acentúa la nota de la autonomía patrimonial; calificando así a la sociedad anónima como persona jurídica⁶³, creándose un nuevo sujeto de derecho que asume la condición de comerciante, dando origen a una nueva fundamentación de la personalidad jurídica, quedando abandonada, la postura que Savigny o Puchta consideraron como esencial "*un interés público o permanente*", dando paso a la autonomía patrimonial.

La evolución hacia la forma actual de la *sociedad anónima* esta marcada por acontecimientos político-sociales de gran magnitud⁶⁴, pero no fue sino hasta el Código de Comercio Francés de 1807, inicia positiva y doctrinalmente la posibilidad de que esa existencia jurídica de la sociedad, independizara definitivamente el patrimonio de los socios, respecto de la propia sociedad, no pudiendo ser obligado en lo personal. Tal privilegio, ha sido heredado hasta estos tiempos, con ciertas variantes, pero con un principio de interés fundamental: *el patrimonio de los socios es independiente del patrimonio de la persona jurídica*.

La concepción de personalidad trasciende, de lo que Gierke llamaba *Derecho Social* al puro *Derecho Patrimonial*; antes de ese momento se

⁶³ La sociedad anónima se constituye como la persona jurídica típica, que guarda mayor semejanza con la persona física, gozando ésta de un nombre, una nacionalidad, un patrimonio personal y hasta derechos de la personalidad.

⁶⁴ Como la Revolución Francesa, que bajo la presión de los postulados del capitalismo liberal brindo gran apoyo para el desarrollo de la sociedad anónima.

destacaba los elementos esenciales en que se fundaba la persona jurídica, pero esto no era suficiente para las nuevas funciones otorgadas que iban encaminadas a la generación de nuevos patrimonios de la sociedad y dentro de ello la concesión de privilegios para los socios, como la *responsabilidad limitada*, de ahí que se abra paso al formalismo jurídico, en el cual, los entes dotados de personalidad jurídica se consideran sujetos de derecho subjetivo, con relaciones jurídicas, autónomos y ajenos respecto de las concretas personas físicas que integran su organización y controlan su destino⁶⁵.

De las formas sociales mercantiles ninguna ofrece la importancia de la *sociedad anónima*. La división del capital en acciones, la movilidad de éstas como títulos esencialmente negociables y la limitación individual del riesgo al capital representado por las acciones poseídas, han convertido a la *sociedad anónima* en el instrumento jurídico preferido para desarrollar las empresas más audaces y más costosas. En este sentido, actualmente la *sociedad anónima* actúa, ciertamente, como expediente técnico que permite hacer participes a grandes masas de personas en los beneficios de la industria y del comercio a gran escala.

2.2 Concepto de persona jurídica

El vocablo *persona jurídica*, ha tenido diversos significados a lo largo de la historia, por ello, ha sido un problema establecerlo como término técnico jurídico, ésto puede advertirse de lo señalado por Juan Ángel Werden Hagen, quién a mediados del siglo XVII enumeró hasta diez sentidos en los que la

⁶⁵ El formalismo jurídico se muestra contrario a considerar el sustrato de la persona jurídica, ya que afirma que la persona jurídica, como creación del Derecho objetivo, sólo requiere una cosa, el reconocimiento del Estado, por tanto permite tener una mayor libertad al momento de exigir la responsabilidad por las obligaciones contraídas por la sociedad, ya que los socios responderán solo según el aporte de sus acciones, Art. 127 del C.Com. de El Salvador.

palabra persona era usada⁶⁶; esto demuestra la riqueza de significados que posee, y por tanto, la enorme dificultad que representa el constituirlo como término técnico jurídico.

Para fijar el concepto, es necesario realizar un estudio de las acepciones que la palabra *persona* ha tenido desde los textos romanos hasta que es sustituida por el de *persona jurídica*.

En los textos romanos se observan al menos tres significados en los que el vocablo persona jurídica es utilizado:

- a) **En un sentido etimológico**, como la cualidad o papel que le corresponde representar en la vida social a cada hombre, según su estado o condición jurídica. De este modo cuando se hablaba de *personae legitimae* se refería a aquellos individuos que poseían una capacidad o legitimación especial⁶⁷.
- b) **Como sinónimo de hombre**, sobre todo cuando se divide el Derecho según su objeto (personas, cosas y acciones), así también aparece cuando se trata de servidumbres o acciones personales y de personas legítimas.
- c) El legado más importante dejado por los textos del Derecho romano que menciona a la persona es el pasaje de Florentino: "*mortuo reo*

⁶⁶ DE CASTO Y BRAVO, Federico. "*La Persona Jurídica Funciones y Disfunciones*". Citando a WERDEN HAGEN, Juan Ángel en su obra *Universalis Introduction in Omnes Republica Sive Politica Generalis*. págs. 137 y 138.

⁶⁷ DE CASTO Y BRAVO, Federico. Ob. cit. págs. 138 y 139. Ésta acepción etimológica, generalmente aceptada concuerda con el significado que utilizaban en ciertos lugares para los supuestos de que el mismo hombre tenga o mantenga dos o más personas, como cuando tiene diferentes personalidades o titularidades de legitimación, por ejemplo, cuando interviene un sujeto en calidad de tutor de un menor o cuando es un curador.

*promittendi et ante aditam hereditatem fideiusor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium, et decuria, et societas*⁶⁸. Aquí según los antiguos civilistas se trató de ofrecer una nueva explicación acerca de la herencia yacente, la cual causaba desconcierto y perplejidad para los romanos, así según Florentino la titularidad del causante continuaba existiendo en previsión de la aceptación del heredero y que éste tenía la misma personalidad que su causante. Ésta idea de florentino se redujo a una tentativa más de justificar la peculiaridad de la herencia yacente, en la cual se cree que funciona con una cierta personalidad interina, como si ella fuera dueña de los bienes hereditarios.

- d) Según Florentino en Roma, no existía un concepto técnico de persona, en el que se comprendiera junto al hombre con capacidad jurídica, al municipio, la decuria, la sociedad y la herencia, sino que, trataban de impulsar ideas sobre las masas de bienes independientes y los grupos de hombres considerados de modo unitario y se les denominaba *universitas* y *corpus*⁶⁹. Calificativos que utilizaron mucho, al grado de que con ellos se refirieron a figuras que luego se consideraron personas jurídicas. Así de las *universitas* se dice que poseen sus propias deudas de las que debe responder y no sus miembros individuales; la condición de *corpus habere* producía características similares a las de la misma República⁷⁰.

⁶⁸ DE CASTO Y BRAVO, Federico. Ob.cit. págs 140 a 142. Según el autor, éste pasaje escrito por Florentino es entre los textos legados por el Derecho romano que tratan a la persona el de mayor importancia para la dogmática de la persona jurídica.

⁶⁹ Si bien en Roma se dieron las primeras acepciones acerca de la persona, es importante destacar que no poseían un concepto técnico de persona, sino que impulsaban otras ideas.

⁷⁰ Las características que manifestaban las *universitas* son similares a las que poseen las sociedades de responsabilidad limitada en la actualidad, ya que, éstas tienen la obligación de responder como ente social y no los

Para los romanistas los conceptos modernos de persona y persona jurídica, no tienen su origen en el Derecho romano; el sentido técnico de persona es utilizado hasta el siglo XIX. Referida al hombre la palabra persona, cambio su sentido con la concepción católica de la igualdad esencial de los hombres, distinguiéndose como expresión de la dignidad propia de todo hombre como ser racional y creado a imagen y semejanza de Dios⁷¹.

En sentido abstracto los conceptos de persona y persona jurídica son más recientes, se han ido formando por etapas, por épocas en las que se les ha denominado de diversas formas, tales como:

- a) **La Persona Ficta:** expresión creada y mantenida por aquellos que negaban toda realidad a la persona jurídica. Esta expresión originalmente no fue una fórmula teórica, sino que se constituyó en la figura del momento para apoyar una solución práctica justificada objetivamente. La doctrina la utiliza como cobertura para la solución de problemas de la práctica. Posteriormente, en el medievo los italianos se encontraron con un problema de suma importancia, el de la responsabilidad delictual de *corpora* y *universitates*; situación que los llevo a preguntarse si se podría castigar a la Ciudad que se rebelaba contra su soberano, contra el papa o el emperador, llegando estos a decidirse por una

socios de forma individual; por otra parte, se dice que las *universitas* poseían características como las de tener cosas comunes, un arca común y la facultad de actuar por su propio representante, lo que era similar a las características de la República de aquél entonces.

⁷¹ Ésta concepción del catolicismo inició el sentido técnico de la palabra persona, la cual tiende a la dignificación del hombre, al Derecho de exigir el respeto a la persona del hombre y con la idea de que ya no se viera al hombre solo como un ser físico.

respuesta afirmativa, aún cuando tal solución implicaba forzar el sentido de los textos romanos⁷².

Ésta concepción de la responsabilidad delictual, desde el punto de vista del Derecho civil, fue acogida posteriormente por los canonistas quienes se aprovecharon para castigar a ciudades y corporaciones rebeldes con la excomunión e interdicción. Sin embargo, ésta situación injusta, para aquellos que nada tenían que ver con el acto delictivo, tuvo su fin gracias a la sensibilidad del canonista Sinibaldo Flisco⁷³; para poner fin a tan injusta situación, entra en la dogmática jurídica el nuevo término *persona ficta* donde se señala la diferencia entre realidad física y anímica del hombre y la funcional de las corporaciones.

Cuando aparece e impone el término *persona ficta* se convierte en el primero entre los tres cruciales y decisivos de la suerte del concepto de *persona jurídica*. Es desde ese momento cuando considera que ha adquirido su significado de concepto independiente, de carácter específico y de tipo especial de persona; el cual está dentro de un concepto general del supuesto persona el cual todavía no estaba definido.

⁷² DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., págs. 145 a 147. La interrogante que se plantearon los doctores italianos del medievo para solucionar los problemas manifestados por la responsabilidad delictual de *corpora y universitates* dio la pauta para que las autoridades de esa época se aprovecharan y abusaran de la sociedad en general, ya que responsabilizaban aún a los inocentes.

⁷³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., pág. 147. Este expuso que si bien no era posible negar que existe una diferencia entre la persona del hombre, con alma y cuerpo, y las corporaciones que carecen de una y otra, tampoco podían cometer pecado.

En la Edad Media el concepto *persona jurídica* es utilizado en relación al valor atribuido a los universales y al significado de los conceptos abstractos, los cuales no son del todo claros ya que la palabra persona ficta en la doctrina medieval y aún en la moderna era utilizada en diversos sentidos⁷⁴. El pensamiento jurídico medieval parece contradictorio, por eso para tener un buen entendimiento de éste, es necesario observar el enfoque y solución dado a cada caso práctico y sólo hay que recoger frases de carácter general cuando éstas expongan el porqué de dichas soluciones.

Desde el punto de vista jurídico, la concepción del patrimonio de la persona ficta se obtiene al analizar los Derechos de los miembros, como que no son confundibles con los que pertenecen a la universita, a la cual se le reconocieron determinados atributos⁷⁵.

⁷⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., págs. 151 – 153. En la doctrina medieval no se tuvo un sentido único respecto al concepto de persona jurídica ya que en ella este vocablo fue utilizado en diversos sentidos, entre los que se distinguen varias teorías como:

a) *Concepción disgregante o atomística*, la cual entiende que persona no es más que la denominación dada a unos hombres, aquellos que forman, manejan o se benefician del grupo constituido.

Fue en un principio ésta concepción la que más se acercó al concepto de persona ficta el cual era utilizado por muchos autores en sus frases en donde consideran a la persona ficta como una mera ficción.

b) *Teoría de la abstracción*, según ésta el nombre de persona ficta o *persona representata* se considera un mecanismo creado por el Derecho y que funciona con independencia completa de quienes son o puedan ser miembros, sus beneficiarios o dirigentes.

Esta fue una de las corrientes más fuertes y dominantes al llegar la Edad Moderna, y consideraba que la universitas es una persona ficta cuya ficción consiste en llamar persona a lo que carece de esa sustancia racional individual propio de la persona, sin embargo para el Derecho con la universitas nace algo nuevo debido a los miembros que la integran, ya que funciona como una unidad y tenía propia individualidad, en fin era distinta de sus miembros.

c) *Concepción realista*, la cual considera a la *persona representata* como una especial realidad social y como tal diferente a sus miembros y que recibe el reconocimiento por parte del Derecho.

Esta concepción encontró siempre un obstáculo debido a que el poder público tenía cierto recelo a las asociaciones, hermandades y grupos, así aquellos que carecían de la aprobación del poder público eran ilícitos.

⁷⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., págs. 155 y 156. *La universitas*, como persona *ficta* podían gozar de nombre propio, sello, distintivos domicilio, honor, estaba sometida a una jurisdicción, así como también hacía valer su voluntad. Estos derechos que poseían las universitas como personas fictas son similares a los atributos que la legislación salvadoreña le reconoce a las personas jurídicas.

Esta concepción, constituía un obstáculo para responsabilizar la actuación de sus miembros en caso de que hubiesen cometido un fraude o abuso, ya que, la concepción abstracta de la persona ficta imposibilitaba pensar en un “*levantar la careta*” de las *universitas* para sancionar o hacer responsables a los miembros que la integran⁷⁶.

En la época moderna, existió gran desconfianza de la monarquía absoluta hacia las asociaciones, llegando a exigir previa licencia regia justificando tal requisito, al decir que éstas se habían creado más para un mal fin que para un buen fin, a menos que se probara lo contrario.

b) Las Persona Morales: éste término de persona moral se conformo gracias a dos circunstancias que son:

- a. Difusión de una ideología iusnaturalista y su recepción por los autores de Derecho público y de gentes;
- b. Despego de los civilistas hacia el estudio de las *universitates* y comunidades.

En la obra De Hugo Grocio, impulsor del movimiento de renovación político jurídico, aunque no estudió de forma directa a

⁷⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., pág. 156. Se puede observar que desde la Edad Media ya se reflejaban abusos de la personalidad de las personas jurídicas ya que los miembros de las *universitas* al constituirse en una persona ficta podían evadir sus responsabilidades, así como también cometer fraudes o abusos en nombre de ésta sin que se les pudiese responsabilizar, ya que tenían una separación absoluta respecto de sus miembros produciéndose desde entonces una preocupación en tal sentido.

las *universitas*, le aplico el adjetivo de moral, dando a conocer su postura en contra de la concepción nominalista⁷⁷.

Los seres morales pueden ser de dos clases:

- i. De sustancia; y,
- ii. De modo.

Así, las personas morales como sustancia son las personas morales, se distinguen también de las personas simples o físicas y de personas compuestas⁷⁸.

La persona moral es una realidad y al igual que el hombre, es una sustancia, al ser considerada como un ente moral; por ello no se puede hablar de ficción o abstracción, por que estos entes morales son reconocidos y amparados por el Derecho natural y de gentes.

En el siglo XVIII, Vicente Viscaíno Pérez trato de construir un sistema general del Derecho, en un libro denominado *de las personas*, en este trató junto a las personas físicas a las personas morales, consideradas como aquellas que constituyen cuerpo en

⁷⁷Grocio estable que en la persona física existe un cuerpo natural, mientras que en el caso del pueblo, ciudades y reinos lo que existe es un cuerpo moral, respecto del cual es posible que una sola persona actúe por diversas causas, es decir como cabeza de varios cuerpos, así en la persona moral también hay un espíritu. Respecto a la asociación de vida civil plena y perfecta se constituye un vínculo, un cierto espíritu vital que une a la colectividad en una república, en ese sentido no cambia, aunque cambien de cierta forma sus miembros; además, contribuye a la idea de que las corporaciones a pesar de ser distintas a la persona física también poseen una propia unidad y realidad, idea que esta en contra posición al nominalismo que pregonaba el concepto de persona ficta.

⁷⁸Las personas compuestas son que son aquellas en donde varios hombres se reúnen por un determinado vínculo moral y componen una sola idea así lo que quieren lo hacen en virtud de esa unión la cual es considerada como una sola voluntad.

el Estado, mencionando dentro de éstas al pueblo, universidades, villas, ciudades, provincias, juntas, consejos, gremios, monasterios y municipios⁷⁹.

Sin embargo, el término persona moral no sirvió para expresar o definir de mejor forma el concepto, aunque implicó un cambio al que se le dio un gran valor político, debido al interés que en ese momento se dio entorno a la persona jurídica.

c) La Persona Jurídica: concepto impuesto y difundido por el movimiento sistematizador del *pandectismo* alemán, de donde se derivó la valoración dogmática⁸⁰.

Se prefirió el término persona jurídica, ya que, consideraron que ésta existe para fines jurídicos, apareciendo de esta forma al lado del hombre como sujeto de relaciones jurídicas, además, se expuso que para el nacimiento de una persona jurídica no sólo es necesario la unión de los individuos sino que además se requiere necesariamente de la autorización del poder supremo del Estado.

Respecto a la persona jurídica Savigny hace una doble clasificación de éstas, y dice que existen unas que poseen una existencia natural o necesaria como las ciudades y comunidades

⁷⁹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Ob. cit., pág.157. Para Viscaíno eran estos los elementos que conformaban el cuerpo del Estado, idea que plasmó en el libro que denominó de las personas.

⁸⁰Éstos tenían la intención de exponer de forma ordenada y racional al extenso Derecho civil, lo cual se produjo a inicios del siglo XIX procediendo desde ese entonces al estudio de las instituciones concretas, tratando al principio al Derecho objetivo y posteriormente a las instituciones abstractas del Derecho subjetivo, lo que suponía la idea de la existencia de otros sujetos distintos de la persona física.

anteriores al Estado y otras de condición artificial o contingente, cuya vida y voluntad depende de la voluntad de los individuos que la integran siendo éstas, las artificiales que requieren de la autorización del Estado; reduciendo además el campo de la persona jurídica a las corporaciones y fundaciones.

2.3 PERSONA Y PERSONALIDAD JURÍDICA.

En el Derecho se distinguen las personas físicas, de las morales, de tal suerte que existe la persona jurídica individual y las personas jurídicas colectivas; de esta forma el ser humano constituye la persona física, también llamado persona jurídica individual; y los entes creados por el derecho, personas morales o ideales, llamadas también personas jurídicas colectivas.

No obstante lo anterior, el C.C. Salvadoreño, en su Art. 52, clasifica a las personas en naturales y jurídicas en forma general, determinando que son naturales todos los individuos de la especie humana y jurídicas, las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, representadas judicial o extrajudicialmente. Esta regulación civil, tiene su equivalente en materia mercantil, específicamente como sociedad, a partir del Art. 17 Inc. 2° C.Com., aunque tal regulación no comparte el mismo criterio civilista de la ficción⁸¹.

⁸¹ El C.Com. Salvadoreño recoge una postura más realista con respecto de los entes sociales, abandonando de cierta manera la postura literal o etimológica a la cual se aferran los juristas más conservadores; en el campo económico y social actual es prácticamente imposible negar la influencia y papel protagónico que juegan las personas jurídicas y en especial las sociedades anónimas, demostrando la demanda de reconocimiento general de la teoría del realismo, para aceptar la independencia total de las personas jurídicas, y sobre todo de las sociedades anónimas.

La persona jurídica, puede ser entendida de diferentes formas, pero a la vez, conservando ciertos elementos comunes que universalizan en cierta medida su concepción, para el caso, puede considerarse como entidad o creación con derechos y obligaciones, que se obtiene mediante la unión de dos o más voluntades de personas físicas y/o a su vez jurídicas, bajo una serie de formalismos, en la que una vez consolidada y reconocida por la ley, se le otorga capacidad jurídica a esa creación para que pueda actuar y producir efectos, independientemente del objeto o finalidad que tenga⁸².

A la vez por *persona jurídica*, puede entenderse *todo ente capaz de derechos y obligaciones*, es decir, el sujeto que puede ser susceptible de tener facultades y deberes, de intervenir en las relaciones jurídicas y de ejecutar actos jurídicos, en pocas palabras, el ente capacitado por el Derecho para actuar jurídicamente como sujeto activo o pasivo en dichas relaciones⁸³; no es toda reunión de personas o todo conjunto de bienes destinados a un fin, sino, una unión de vida a una unidad orgánica, a un ente en el que el Estado reconoce una individualidad propia distinta de las individualidades de las personas que componen el cuerpo colectivo o lo administran o a las cuales son destinados los bienes.

Los elementos característicos como entidad, ente, creación, unión, entre otros, hace pensar que la *persona jurídica*, en sí no existe materialmente, aunque sus actos de acción u omisión si producen efectos jurídicos, al grado que tiene existencia independiente de la de sus fundadores, y esto se refleja claramente en el Art. 17 inc. 3° C.Com., en el cual se establece que “*tales*

⁸² DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob.cit. pág. 22.

⁸³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “*Introducción al Estudio del Derecho*”. 2ª Ed., Edit. Porrúa, Mexico, 1967, pág. 137.

entidades gozan de personalidad jurídica, dentro de los límites que impone su finalidad, y se consideran independientes de los socios que la integran”.

La *persona jurídica*, y en especial la *Sociedad Anónima*, no es simplemente un contrato; al lado del aspecto contractual hay que considerar otra faceta muy importante, el aspecto Registral; tal como lo plantea el Art. 25 inc. 1° C.Com. “*La personalidad jurídica de las sociedades se perfecciona y se extingue por la inscripción en el Registro de Comercio de los documentos respectivos*” para el caso la escritura de constitución de la *sociedad anónima*.

Para la validez del contrato de *sociedad*, se requiere el consentimiento, la capacidad, una causa y un fin, entre las personas participantes, con el objetivo de poder atribuir a las personas jurídicas una denominación o razón social, un domicilio, nacionalidad, capacidad y un patrimonio. En el contrato, está el origen de la *sociedad*, pero una vez constituida ésta, por los trámites que la ley establece, se estará en presencia de un ente jurídico nuevo, distinto de los socios que la integran, dotado de vida propia y de órganos especialmente adecuados para su actuación en el mundo exterior. Por ello, el aspecto contractual habrá de ser tenido muy en cuenta, siempre que se trate de vida interna de la sociedad (relaciones de los socios entre sí o con la sociedad), el aspecto registral cobra especial relieve en todo lo que concierne a la vida externa de la sociedad, es decir, a sus relaciones con terceras personas en el campo de la actividad constitutiva de la empresa que desarrolla o explota.

Como consecuencia de ese contrato, surge una entidad diferente a la humana y directa e inevitablemente la *personalidad jurídica* de la nueva *persona jurídica*.

Francisco Ferrara, define la *personalidad jurídica* como una condición jurídica proveniente de una unión reconocida jurídicamente con una finalidad común⁸⁴; afirmando que la personalidad jurídica, conlleva la posibilidad de actuación y representación independiente de las personas que la conforman.

Por su lado, Martínez Roldan y Fernández Suárez, establecen que la *personalidad jurídica* puede ser entendida como una categoría jurídica proveniente de la ley, materializada en un conjunto de funciones preconfiguradas por el Derecho, consistentes en el ejercicio (poder-deber) de todo tipo de deber jurídico y derecho subjetivo⁸⁵.

De las opiniones de los autores antes mencionados, puede extraerse algunas coincidencias, que obligan a determinar que para la existencia de una *persona jurídica* es necesario una asociación o agrupación de personas, una finalidad común a la cual dedicarse y el reconocimiento de la ley u ordenamiento jurídico pertinente, trayendo como efecto indiscutible que la *personalidad jurídica* atribuida a la *persona jurídica* le permita que la conducta ejercida por ésta, no se impute a los sujetos que la ejecutan, sino al sujeto abstracto, que la norma ha permitido construir.

Con todo lo anterior, se puede sostener que la *personalidad* es un atributo esencial ligado a la inscripción de la *persona jurídica*, específicamente de la *sociedad anónima* en el Registro de Comercio (Art.193 en relación con el Art. 25 C.Com.), sin inscripción no hay verdadera *sociedad anónima*, y ello porque

⁸⁴ HERRERA FONSECA, Rodrigo. Ob. cit., Citado por: GARCIA RENDON, Manuel. *Sociedades Mercantiles*, Edit. Harla S.A. de C.V., México, 1993, pág. 68.

⁸⁵ MARTINEZ ROLDAN, Luis, y otro. "*Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*", 1º Edición, Edit. Ariel S.A., Barcelona, España, 1994, pág. 16.

el Art. 193 C.Com. declara que la *sociedad anónima* se constituye por escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro de Comercio, según manda el Art. 25 C.Com., con la inscripción adquirirá *su personalidad jurídica*⁸⁶.

La *personalidad jurídica* adquirida trae consecuencias importantes para la sociedad, las cuales pueden resumirse en:

- a) *Confiere la condición de sujeto de derecho*(ente dotado de derechos y obligaciones) *con capacidad jurídica plena*, para adquirir y obligarse en el tráfico, como para ser titular frente a los socios, de derechos y obligaciones propias, sin que el objeto social constituya por sí una limitación a esa capacidad.
- b) *Atribuye autonomía patrimonial*, la sociedad es titular de un patrimonio propio (conjunto de derechos, bienes y obligaciones) distinto de los socios, aunque inicialmente esté formado por aportaciones de éstos.
- c) *Separación de Responsabilidades entre la sociedad y los socios*, una y otros responden del cumplimiento de sus propias obligaciones con sus respectivos patrimonios.
- d) La sociedad *tiene una denominación propia y exclusiva, un domicilio y una nacionalidad*.

⁸⁶ Esto no quiere decir, que la escritura de *sociedad* no inscrita no tenga valor alguno, puesto que sus efectos obligacionales son innegables, en tanto que los otorgantes quedan vinculados por los pactos en ella contenidos y legalmente obligados a realizar cuantos actos y gestiones sean precisos para obtener la inscripción de la *sociedad* y así dotarla de su propia *personalidad jurídica*.

- e) La *persona jurídica social* necesita valerse de *personas físicas*, que desarrollando la actividad propia de la empresa que constituya su objeto, le permitan conseguir la finalidad perseguida, estas personas que actúan y obligan a la sociedad conforman sus órganos sociales, que le ayudarán en el orden interno y externo.

2.3.1 Sociedad colectiva

Rodrigo Uria⁸⁷ la define como: *aquella de carácter esencialmente personalista por estar fundada sobre vínculos de mutua confianza personal entre asociados, que gira bajo una razón social integrada por el nombre de todos o alguno de los socios, y ofrece como características especial la de que todos sus miembros responden frente a terceros personal, solidaria y subsidiariamente con todos sus bienes, de las resultas de sus gestiones*⁸⁸.

Este tipo de *sociedad*, es regulada en nuestra legislación a partir del Art. 73 del C.Com, plasmándose que la sociedad colectiva funciona o gira bajo un nombre colectivo o razón social, donde se fundamenta la unión de los socios y su representatividad; la razón social determina la comunidad de trabajo de la empresa y el propio sistema de *responsabilidad ilimitada* del socio. Como organizaciones, éstas buscan la colaboración de sus miembros para conseguir un fin, desde que se constituyen entran en un período funcional que mira al interior de la entidad y solo termina con la extinción de la sociedad.

⁸⁷ URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. 1ª Ed. Edit. Marcial Pons, librero editor, España, 2001, pág. 305.

⁸⁸ Fundamentándonos en esta definición se determina que las sociedades colectivas se basan principalmente en la confianza de sus socios, es una verdadera comunidad de trabajo donde todos los socios tienen la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios, sin que la participación del socio en la gestión social se mida por el importe de su aportación patrimonial. La nota personalista constituye el clima o ambiente general que envuelve a toda la sociedad.

Una característica especial de la *sociedad colectiva* es que *no goza del privilegio de la responsabilidad limitada*, en ésta los socios responden frente a terceros o acreedores de forma *personal, solidaria y subsidiaria*, observándose que ésta comunidad de trabajo y de confianza personal, llega hasta la responsabilidad de cada socio de forma grupal y no individual.

La *personalidad jurídica de las sociedades colectivas* se obtiene en el momento de constitución de la *sociedad* y nace a la vida jurídica cuando se inscribe en el Registro de Comercio, así lo establece el Art. 25 del C.Com⁸⁹; *la personalidad jurídica de las sociedades se perfecciona y se extingue por la inscripción en el registro de comercio de los documentos respectivos.*

El atributo de la *personalidad jurídica*, brinda a los socios derechos y obligaciones frente a terceros, convirtiéndose en un condición esencial para el desarrollo de la *sociedad* dentro del mundo económico. En las *sociedades colectivas* el principal derecho de los socios es el de *participar en la gestión social*, teniendo este derecho un carácter esencialmente administrativo, este Derecho incluye a participar en la gestión y al Derecho de información, concediéndoseles a los socios a partir del Art.78 al 90 del C. Com.

La peculiaridad de la *responsabilidad ilimitada* de los socios en la *sociedad colectiva*, produce que en la actualidad se constituyan menos *sociedades* de este tipo; convirtiéndose así *la sociedad anónima* la figura mas utilizada en el Derecho mercantil moderno por el goce del *privilegio de la responsabilidad limitada*. En las *sociedades anónimas* los accionistas no responden solidariamente sino hasta el importe de sus acciones por lo que se vuelve más

⁸⁹ Art. 25 C.Com. Salvadoreño establece que: la personalidad jurídica de las sociedades se perfecciona y se extingue por la inscripción en el registro de comercio de los documentos respectivos.

ventajosa. La *sociedad anónima* en la actualidad se ha convertido en el *escudo legal* para poder realizar todo tipo de abuso, es por ello que la *sociedad colectiva* se esta convirtiendo en una figura en desuso por no gozar del *privilegio de la responsabilidad limitada*.

2.3.2 Sociedad de responsabilidad limitada

Tiene su origen en la segunda mitad del siglo XIX, surge por razones de tipo económico que sugerían ampliar el privilegio de *responsabilidad limitada* a las pequeñas *sociedades* sin tener que acudir a los obstáculos que anteponía la *sociedad anónima*, para aplicarlos a *sociedades* que tenían pocos socios o que poseían un capital medio.

Al igual que todas las *sociedades* que se constituyen en El Salvador, en *sociedad la personalidad jurídica* se obtenía al momento de ser inscritas en el registro de comercio⁹⁰, es entonces cuando se perfecciona la *personalidad jurídica* del ente social y es reconocida por parte del Estado Salvadoreño.

La *sociedad de responsabilidad limitada* puede constituirse de dos formas:

- a) Por una razón social; o,
- b) Denominación⁹¹;

⁹⁰ Art. 25 C.Com. Salvadoreño establece que: la *personalidad jurídica* de las *sociedades* se perfecciona y se extingue por la inscripción en el registro de comercio de los documentos respectivos. en la *sociedad de responsabilidad limitada*, la *personalidad jurídica* es obtenida al momento de inscribir la escritura social de constitución de la *sociedad* acompañada de los estatutos de la misma, es entonces que el ente creado obtiene el reconocimiento del Estado Salvadoreño y por lo tanto goza del privilegio de la *responsabilidad limitada*.

⁹¹ De conformidad al Art. 101 1º C.Com. salvadoreño la razón social se forma con el nombre de uno o más socios; en cambio la denominación se forma libremente, siempre y cuando sea distinta a la de cualquier sociedad existente.

Cualquier modalidad que adopte, deberá seguir, a continuación la palabra limitada o su abreviatura, puesto que si llegara a omitirse tal requisito en la escritura social de constitución tendrá como consecuencia la *responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios*, tal como lo establece el C. Com. en su Art. 111⁹².

Otra característica es, que en ellas existen participaciones sociales, las cuales no podrán representarse por ningún motivo por títulos valores, además de conformidad al Art. 102 C.Com. Salvadoreño, no pueden cederse, salvo en los casos y bajo los requisitos que el mismo Código establece. El capital mínimo para su constitución es de cien mil colones y ese será el que se divida en las participaciones sociales que podrán ser de igual o distinto valor y categoría, teniendo la peculiaridad de no aceptar aporte industrial dentro de las *sociedades de responsabilidad limitada* no puede haber más de 25 socios, de lo contrario será nula.

La diferencia que existe entre sociedad *de responsabilidad limitada* y *sociedad anónima* es que, en la *sociedad de responsabilidad limitada* el capital esta dividido en participaciones sociales, que se integran por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales; mientras que, en la *sociedad anónima* el capital social esta dividido en acciones que se representa por títulos valores denominados acciones⁹³.

⁹² Art. 111 C. Com.- La escritura social debe inscribirse en el Registro de Comercio y publicarse en extracto. La falta de inscripción o publicación hace incurrir a los socios con respecto a terceros en *responsabilidad solidaria e ilimitada*.

⁹³ Art. 26 C.Com. En las sociedades de capitales, la calidad personal de los socios o accionistas no incluye de modo esencial en la voluntad de asociarse. su capital se divide en partes alicuotas, representadas por títulos valores llamadas acciones.

Esto es lo que hace la diferencia entre una *sociedad anónima* y una sociedad *de responsabilidad limitada* aunque comparta el privilegio de la *responsabilidad limitada* el cual les permite responsabilizarse únicamente hasta el importe de sus acciones.

2.4 La Crisis de la Personalidad Jurídica

La utilización fraudulenta de las *personas jurídicas* es un tema sobre el que se ha escrito mucho, sin embargo, no se le ha dado la relevancia a los efectos reales y bases de aplicación práctica que permitan revertir esos efectos en un proceso judicial, situación complicada debido a que es un tema que se ha excluído del Derecho positivo.

El costarricense Manuel García Rendon dice que: “*la creación de una persona moral investida de responsabilidad jurídica propia y dotada de patrimonio autónomo, distintos de la responsabilidad y el patrimonio de los socios, en algunos casos produce el efecto de limitar la responsabilidad de éstos al pago de las aportaciones a que se hubieren obligado..., circunstancias que pueden dar lugar a que él o los socios capitalistas dominantes o controladores abusen de la inmunidad de responsabilidad que les concede la ley para cometer actos ilícitos por medio de la sociedad que controlan o abusen de la autonomía patrimonial de la persona moral para burlar acreedores*⁹⁴”.

Esta problemática no es de origen moderno, tiene sus raíces en la Edad Media, cuando se constituyen las *personas fictas* y donde se hizo una separación completa entra la *persona jurídica* creada y los socios que la integran; modernamente diversas legislaciones contemplan los privilegios de la *responsabilidad limitada*, tal es el caso de El salvador, que la establece de manera explícita en el art. 127 del C. Com., en el que se establece que los

⁹⁴ HERRERA FONSECA, Rodrigo, citando a GARCÍA RENDON, Manuel, pág. 18. El privilegio de la *responsabilidad limitada y separación de patrimonios* (art. 17 C.Com.) que los ordenamientos jurídicos han otorgado a las *sociedades anónimas*, han dado la pauta a los accionistas para que cometan actos ilícitos a través de éstas sociedades, resguardándose en la *responsabilidad limitada* y respondiendo hasta el importe de las acciones que poseen. Esto ha provocado que en muchos de los procesos judiciales los acreedores queden burlados.

accionistas en las *sociedades de capital limitarán su responsabilidad al valor de sus acciones*.

Dicho privilegio ha dado la pauta para que se cometan *abusos de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas* impidiendo a los afectados perseguir a los verdaderos responsables, que se esconden tras el *manto de la limitación de la responsabilidad*.

Doctrina y la jurisprudencia extranjeras⁹⁵, han establecido los casos en los que se puede *responsabilizar a los accionistas* por los *hechos ilícitos* que ha cometido la *sociedad* o viceversa; *en este caso se podrá afectar por los interesados el patrimonio de la persona física o jurídica no responsable según el privilegio de la separación de patrimonios*⁹⁶. Esto adquiere una especial relevancia para las legislaciones como la salvadoreña en la que actualmente gracias al privilegio de la *responsabilidad limitada*, no puede penetrarse al sustrato de la *sociedad* para identificar a los verdaderos responsables de los *hechos ilícitos* cometidos en nombre de la *sociedad* o de los accionistas en su calidad personal *evadiendo la responsabilidad* gracias a éste beneficio. Por otra parte el establecimiento de casos por legislaciones como la española, estadounidense y argentina, contribuyen a la posibilidad de responsabilizar a quienes hayan utilizado al ente social para realizar *finés ilícitos*, eso hace posible que aquellos que resultan afectados por los hechos fraudulentos no queden burlados.

⁹⁵ Países como Estados Unidos de América, Argentina y España, que han logrado un avance en materia de responsabilidad de los accionistas por los actos ilícitos que cometan a través de las sociedades.

⁹⁶ Art. 127 C.Com. dice que: En las sociedades de capitales los accionistas limitarán su responsabilidad al valor de sus acciones. Dicho artículo establece de manera formal el hermetismo de la persona jurídica, que implica una separación total entre los patrimonios de la sociedad y el accionista, el cual goza de la responsabilidad limitada lo que imposibilita que sea perseguido en caso de cometer un fraude o abuso de la personalidad del ente social.

Es importante estudiar el *uso fraudulento y atípico* que se ha hecho de las *sociedades mercantiles*, las cuales han servido para ocultar bienes ingresados sin justa causa o de forma irregular a sus patrimonios, o para cometer un *acto ilícito* y mantener alejada de ella los bienes fraudulentos. En estos casos *la finalidad del ocultamiento fraudulento y simulado de los bienes no podrá producir efectos en contra de acreedores a pesar de la autonomía de patrimonios*⁹⁷.

A pesar de que ésta situación es cada vez más común y de mayores dimensiones pecuniarias contra particulares y contra el mismo Estado, la mayoría de legislaciones no ha dado la relevancia necesaria, porque en ellas no se encuentran establecidos los presupuestos ni soluciones del *abuso en la utilización de las personas jurídicas*, ante tal situación ha sido necesario recurrir a la jurisprudencia y doctrina de países como estados Unidos de América, España y argentina, quienes han logrado dar solución a éste problema, aplicando la doctrina del *Levantamiento del Velo*.

El uso abusivo e irregular de las sociedades de responsabilidad limitada se observa en materias como la Civil, Mercantil, Laboral, Penal, Familiar y tributaria, en donde se utiliza la *persona jurídica para defraudar patrimonios y ocultar bienes*; ya sea, cuando los accionistas actúen en lo personal y amparen su *patrimonio ilícito en la sociedad*, o cuando hacen responder a la *sociedad* por actos que son particulares. Esto es lo que sucede cuando los accionistas se amparan en ese escudo que los protege, es decir, en ese privilegio que los distintos ordenamientos les han otorgado a los accionistas, al considerarlos

⁹⁷ HERRERA FONSECA, Rodrigo. Ob. cit., pág. 19. Es claro que en los casos en que la finalidad de la sociedad es cometer actos de carácter ilícito no puede desampararse a aquellos que han sufrido los efectos éstas actividades, lo que se debe hacer es desconocer dichos privilegios al ente social y a sus miembros.

independientes de los actos que ejecuta la *sociedad*, cuando en realidad muchos de éstos *sujetos físicos constituyen éste tipo de entes para quebrantar la buena fe de todos aquellos que se relacionan con las actividades que la sociedad realiza.*

La creación y existencia de una *sociedad anónima* de conformidad al Art. 17 inc. 2 C.Com⁹⁸; *tiene como finalidad repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse, de manera que el abuso de la personalidad jurídica se materializa cuando dolosamente es utilizada para cometer un fraude o estafa en la que se pretenda lograr la irresponsabilidad económica del deudor que tiene capacidad económica, a través del ocultamiento que hace de su patrimonio. Así se habla no solo de independencia entre el patrimonio del socio y de la sociedad, sino también de la responsabilidad limitada del accionista, por el contrario, se observa que la persona jurídica es utilizada para ocultar bienes que están vinculados a los actos ilegítimos que realiza el accionista.*

El principio necesario para analizar cuando existe un abuso de la *personalidad jurídica de la sociedad*, consiste en que la existencia y empleo de la sociedad anónima tengan relación directa o indirecta con la actividad del socio, ya que nada impide que un sujeto conforme varias personas distintas a él con la *finalidad exclusiva de separar sus bienes y no arriesgar todo su*

⁹⁸ El Art. 17 inc. 2 C.Com. establece: Sociedad es el ente jurídico resultante de un contrato solemne celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse. Ésta finalidad del ente social debe ser lícito, es decir, no debe estar en contra de los preceptos legales ni mucho menos debe tener el propósito de quebrantar la buena fe de aquellos que se relacionan con las actividades realizadas por la sociedad, sin embargo en la práctica se crean entes sociales con la finalidad de ampararse en los privilegios de la separación de patrimonios y la responsabilidad limitada con miras a cometer actos ilícitos por los que no podrá responsabilizárseles.

*patrimonio en los negocios que tiene, aún cuando ésta sociedad no funcione realmente como empresa organizada*⁹⁹.

Víctor Manuel Garita González dice que: *no es posible tutelar el principio de la limitación de la responsabilidad cuando una persona jurídica se utiliza con la finalidad de distraer el patrimonio del sujeto físico o jurídico apareciendo como la deudora u obligada, mientras otras personas tiene la solvencia, siendo que la primera solo presenta pérdidas y la segunda garantías mediante prácticas viciosas que tienen como finalidad ocultar la realidad económica de la sociedad, a la vez, defraudar o incumplir con sus deberes*¹⁰⁰. Esto quiere decir que sólo es posible mantener el privilegio de la *responsabilidad limitada y separación de patrimonios*, siempre y cuando las actividades de la *sociedad* sean *lícitas* de lo contrario debe desconocerse tal privilegio para responsabilizar a los culpables y hacer que respondan con su patrimonio.

Doctrinariamente se ha escrito mucho sobre la crisis de la personalidad jurídica, y lo que se dice es que no es que éste criterio esté en crisis, sino que ha sido objeto de deformación, que ha llevado a emplear a la *persona jurídica* en contra de los más elementales criterios objetivos de la justicia bajo supuestos como:

⁹⁹ HERRERA FONSECA, Rodrigo. Ob. cit., pág. 20. Tal como establece el citado autor no existe ningún impedimento para que un sujeto pueda invertir en varias sociedades, sino que lo importante para determinar que existe un abuso de la personalidad jurídica de la *sociedad anónima* es que éste accionista realice dichas inversiones para ocultar bienes que ha obtenido mediante actos ilícitos o que utilice al ente para defraudar a otras personas.

¹⁰⁰ HERRERA FONSECA, Rodrigo. Ob. cit., págs. 20 y 21. Citando a GARCÍA GONZALEZ, Víctor Manuel. pág. 47. El principio de la seguridad jurídica que ofrecen los ordenamientos jurídicos, tal como lo hace el Art., 127 C. Com., en donde se contempla el principio de la limitación de responsabilidad, no debería sostenerse ante casos como el abuso de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, ya que, los socios se amparan en ésta protección para quebrantar la buena fe de los terceros, así como también cometer fraudes de todo tipo.

a) **Ocultamiento de su nacionalidad**, constitución de sociedades donde los accionistas y capital es extranjero, lo que hacen es crearla y registrarla dentro del país, aún cuando éste tipo de actividad comercial esté reservada para los nacionales¹⁰¹ .

b) **Fraude fiscal**, se utiliza a la sociedad para evadir responsabilidades tributarias, no sólo de la sociedad, sino también de los accionistas defraudando de ésta forma al Estado.

c) **Por personas jurídicas de socios unipersonales**, un individuo constituye una sociedad de ésta clase, con el único objetivo de ampararse en los privilegios de la responsabilidad limitada y separación de patrimonios, para que cuando se cometa un acto ilícito, ya a través de la persona jurídica, o él particularmente no se responsabilice amparándose en éste escudo¹⁰².

d) **Por personas jurídicas bajo carteles o filiales**, en estos casos, se defrauda a través de las filiales, que son controladas por una sociedad madre, de manera que cuando se comete el ilícito, la filial no tiene capacidad para responder, sin embargo, al ir al sustrato de las filiales se

¹⁰¹ Art. 6 inc. 1 C.Com que establece: solamente pueden ejercer el comercio y la pequeña industria los salvadoreños por nacimiento y los centroamericanos naturales, quienes tendrán derecho a la protección y asistencia técnica del Estado, en las condiciones que establezca una ley especial.

Art. 115 Cn. que dice: el comercio, la industria y la prestación de servicio en pequeño son patrimonio de los salvadoreños por nacimiento y de los centroamericanos naturales.

Estos artículos de la legislación salvadoreña protegen al comercio e industria en pequeño como una actividad que esta reservada para los salvadoreños por nacimiento y los centroamericanos naturales: pero se observa que se constituyen sociedades en donde los accionistas y capital son extranjeros y solo la registran en El salvador sin tener mayor problema , demostrando que no hay un control estricto para la protección de éste derecho que promueve la Constitución y el Código de comercio salvadoreño.

¹⁰² En El Salvador no se reconocen las *sociedades unipersonales*, que de conformidad al Art. 17 inc. 2., la *sociedad* es un ente jurídico que resulta de un contrato solemne celebrado entre dos o más personas, sin embargo funcionan muchas *sociedades* en donde un solo socio posee el 98% de las acciones, lo que significa que en la práctica si funcionan éste tipo de *sociedades*, y que solo se asocian con otro sujeto para cumplir un requisito legal que establece la ley.

observa que los socios son los mismos y que si existe la capacidad para responder.

e) Y **Por quiebra**, cuando los accionistas o la sociedad se declaran en quiebra, es decir, establecen que no tienen capacidad económica para responder amparándose en el principio de la *responsabilidad limitada* y *separación de patrimonios*. La impunidad o el *abuso de la personalidad jurídica de la sociedad anónima*, en donde los socios se resguardan bajo la figura de la *responsabilidad limitada* para realizar fraudes, ocultamiento de bienes y mala fe por parte del sujeto activo, ya sea haciéndose parecer insolvente o haciendo parecer insolvente al ente social que representa

2.5 Acepciones del Abuso de la Personalidad Jurídica.

Asumido el hermetismo de la *personalidad jurídica*, se produjo la *crisis del concepto de persona jurídica y el abuso* del mismo. Otorgando la posibilidad de jugar al mismo tiempo con la *personalidad del socio y de la sociedad*; abriendo así un horizonte ilimitado a toda clase de *abuso*, por lo que se hace necesario el estudio del *abuso de la personalidad jurídica*, a través del conocimiento de la doctrina del *Abuso del Derecho*.

La moderna doctrina del *abuso del derecho* se basa en la regla de quiebra romana “*qui iure suo utitur neminem laedit*” que significa “*quien usa de su derecho a nadie perjudica*”¹⁰³. La que se establece diciendo que el acto realizado en el ejercicio de un derecho dentro del ámbito de poder otorgado a

¹⁰³ UNGO, Guillermo Manuel. “*La Evolución Contemporánea del Derecho y La Teoría del Abuso del Derecho*”. 1ª Ed. Edit. Universitaria, San Salvador El Salvador. C.A. 1963, pág.71.

su titular, es una actuación lícita y legítima, aunque como consecuencia de dicho ejercicio se puede provocar un daño a otra persona¹⁰⁴; observándose en esta doctrina que el daño es un elemento importante para establecer el abuso que se ha cometido contra terceros, y el tipo de responsabilidad subjetiva o objetiva en la que se ha incurrido.

Así dentro de esta doctrina se realiza la separación entre la responsabilidad subjetiva y objetiva:

- a) **Responsabilidad Subjetiva:** se establece que existe un *abuso del derecho* cuando el titular lo ejerce dolosa o culpablemente, o cuando ejercita su derecho con intención de dañar a otro, o sin el cuidado o diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios¹⁰⁵. Rigiéndose por una responsabilidad delictual o cuasidelictual.

En el Derecho privado la responsabilidad subjetiva determina el abuso de la *responsabilidad limitada*, bajo un criterio subjetivo que se manifiesta en ejercer el derecho sin intención o utilidad. Es decir la falta de interés al ejercer un derecho indica que el titular actúa con intención de provocar ese daño de forma dolosa o culposa, desconociéndosele por ello el privilegio de la *responsabilidad limitada*.

Este tipo de abuso es muy común en las *sociedades anónimas* donde los accionistas se aprovechan de su calidad y sus derechos, lo que se refleja

¹⁰⁴ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 279.

¹⁰⁵ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág.114.

en el constante abuso del privilegio de la *responsabilidad limitada*, al evadir obligaciones adquiridas con terceros involucrados en las actividades de la *sociedad*.

- b) **Responsabilidad Objetiva:** bajo este tipo de responsabilidad carece de importancia la existencia o inexistencia del dolo o la culpa, lo que se pondera es la utilidad económica y social del acto realizado¹⁰⁶. Esta concepción se ve reflejada en el derecho privado bajo el abuso de la forma social, estableciéndose para ello un criterio objetivo que se refiere a que un acto se considera abusivo cuando es contrario al objeto por el cual fue creado el derecho, a su espíritu y finalidad.

Determinándose con ello que el ejercicio del derecho es contrario al fin económico y social, por lo que se convierte el abuso de la forma social en “*un ejercicio contrario al fin de su institución*”.

La separación de responsabilidades dentro de la doctrina del abuso del derecho produce la diversificación de los criterios subjetivos y objetivos que se ven reflejada en cada tipo de responsabilidad por lo que se hace imposible crear una noción del *abuso del derecho* que se pueda aplicar a todas las clases de abuso, así para algunos autores¹⁰⁷ se toma la intención de perjudicar tomando como base la culpa y el dolo, para otros autores¹⁰⁸ la ausencia de algún motivo legítimo o cuando vaya en contra de su espíritu y finalidad.

¹⁰⁶ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 115.

¹⁰⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 115; el autor establece dentro de su obra que para el jurisconsulto Alessandri Somarriva quien defiende la responsabilidad desde el punto de vista del criterio subjetivo.

¹⁰⁸ Josserand es uno de los autores que mas se destaca en la obra de Manuel Ungo al defender la responsabilidad objetiva desde el punto de vista del criterio objetivo.

La superación de los criterios subjetivos y objetivo conlleva a la creación de un criterio mixto, donde se incorpora todas las clases de abuso y se puede dar una solución viable a cada situación o acto abusivo; dando la pauta para el desarrollo de una definición del abuso de la *personalidad jurídica*, que en el fondo se traduce en el abuso de la *responsabilidad limitada*. El abuso de la *responsabilidad limitada* es más palpable en las *sociedades anónimas* ya que es en estas donde se hace la separación de patrimonios, y la concesión del privilegio de la *responsabilidad limitada*, de la cual gozan los accionistas a través de la figura de la *persona jurídica*. De esta consolidación de criterios se distingue dos tipos de abuso:

- 1) *Abuso Institucional*: el que se determina cuando se ejercita un derecho dentro de los límites formales fijados internamente en el ordenamiento jurídico, pero buscando con dicho ejercicio un fin ilegítimo o ilícito. A tal fin se requiere que se utilice ilegítimamente el privilegio de la *responsabilidad limitada*; la consecuencia de dicha conducta abusiva será el descorrer de dicho privilegio frente a los acreedores o terceros involucrados¹⁰⁹.
- 2) *Abuso Personal*: resulta cuando se intenta con el ejercicio de un derecho perjudicar a un tercero, violando el principio de la *buena fe*, en este caso se desconoce el privilegio de la *limitación de la responsabilidad* frente a que su mantenimiento aparece como

¹⁰⁹ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 322.

contrario a la *buena fe*, fraudulento o en contra de actos propios¹¹⁰.

La unificación de criterios y el perfeccionamiento de conceptos sobre los tipos de abuso traen como consecuencia la formación del “*abuso de la personalidad jurídica*”, considerándose el abuso institucional y el abuso personal como formas de *abuso de la personalidad jurídica*, por considerarse que el abuso de la *personalidad jurídica* es la base de las conducta abusiva que se realice en contra de la figura societaria por parte de sus accionistas. Por lo que en la legislación actual es difícil encontrar un apartado especial a este tipo de abuso¹¹¹. Quedando así un vacío para el aplicador del derecho sobre las conductas abusivas.

2.6 Criterios para determinar el Abuso de la Personalidad Jurídica.

El constante *abuso de la personalidad jurídica* en las figuras *societarias* ha promovido, la búsqueda de criterios que permitan determinar de una forma más exacta los actos abusivos cometidos en contra de la *persona jurídica*. Este proceso inicia con la evolución del concepto de *persona jurídica* por considerarse que es la base de la *degeneración de las conductas abusivas*, al realizarse inicia el abuso de la *personalidad jurídica* dentro de las figuras societarias. Así se da paso al estudio de las conductas abusivas y con ello la promulgación de los criterios que las engloban.

¹¹⁰ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 322.

¹¹¹ Los sistemas jurídicos de Argentina, Brasil, Uruguay y España son los únicos países que han separado el *abuso de la personalidad jurídica* y el *abuso del derecho* por lo que dentro de su ordenamiento ya se encuentra establecida la *doctrina del Levantamiento del Velo*.

La creación y desarrollo de *los criterios sobre el abuso de la persona jurídica*, nacen con Rolf Serick en su obra *Apariencia y Realidad En Las Sociedades Mercantiles*, agrupando en tres grandes categorías las manifestaciones mas frecuentes que pueden revestir los supuestos de abuso de la persona jurídica dividiéndolas en :

- 1) **Fraude de ley por medio de una persona jurídica**: 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 esta 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 negocial¹¹².

Una ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la *persona jurídica* cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquella, tanto si ya existía como si solo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal¹¹³ .

Del concepto de *fraude de ley* que nos brinda Serick, se distinguen dos aspectos necesarios para poder calificar un negocio jurídico efectuado bajo *fraude de ley*, estos son:

- a. Resultado elusivo, pero no ilícito.
- b. Utilización de negocios jurídicos o contratos para obtener de manera lícita, el resultado que se pretende.

¹¹² SERICK, Rolf, *Apariencia y Realidad en Las Sociedades Mercantiles*, 1ª Ed., Edit. Ariel, España 1958, pág. 44.

¹¹³ SERICK, Rolf. Ob. cit., pág. 44. Es decir que consiste en ampararse en un tipo de negocio distinto, a fin de evitar la norma que realmente corresponde aplicar según la actividad que se está realizando.

El *fraude de ley* es una cuestión de interpretación de las normas en cada caso en concreto. La ley que se debería haber aplicado al negocio en cuestión, debe interpretarse como la única adecuada al mismo, y las demás no deben ser suficientes para otorgarle validez al acto.

En este caso no se trata simplemente de escapar de la aplicación de una ley con la permitida aplicación de otra, lo que se pretende es dejar en claro que el Derecho puede poner dos caminos legales para alcanzar una finalidad, pero no ha creado la figura de la *persona jurídica* para que con su ayuda pueda burlarse una norma.

- 2) **Fraude y lesión de contrato:** se manifiesta cuando por medio de la *persona jurídica* puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio¹¹⁴. Serick fundamenta el supuesto del fraude de contrato de una forma sencilla al ejemplificarlo de la siguiente manera: **A** y **B** se obligan frente a **C** a no realizar determinado acto. Pero resulta que el mismo acto lo realiza la sociedad **X**, cuyo socios son **A** y **B**. la sociedad **X** es una persona jurídica, que ha sido creada con la finalidad de burlar el contrato celebrado con **C**¹¹⁵. Fundamentándose el *abuso* cuando una persona jurídica que ya existe en el momento de celebrar el contrato es utilizada después para burlarlo.

¹¹⁴ BOLDO RODA, Carmen, Ob.cit., pág. 75.

¹¹⁵ SERICK, Rolf, Ob. cit., pág. 59.

Este criterio se ha perfeccionado a lo largo de la evolución de las conductas abusivas, a tal grado que en la actualidad se le conoce con el nombre de **simulación**, la que se divide en:

- a. **Simulación Relativa:** donde el negocio jurídico creado por las partes es distinto del que en realidad quieren realizar, en el cual existe un negocio simulado, que es el que se realiza para defraudar la ley, y un negocio disimulado, que es el que realmente están realizando las partes. Dentro de la simulación relativa se sitúa el caso de interposición ficticia de persona jurídica, donde se ve plasmado el criterio de Serick.

- b. **Simulación Relativa Subjetiva:** donde se finge contratar con una persona, cuando en realidad se busca que los resultados del negocio los obtenga otra persona. Todas las partes intervinientes prestan conformidad al negocio y a la simulación. La persona interpuesta no interviene en realidad en el negocio pero finge que si lo hace, aunque no sea una parte contratante¹¹⁶.

El negocio jurídico se concluye, pero está celebrado en realidad con una persona distinta que permanece oculta a los demás. La persona que en realidad está realizando el negocio se llama contratante real y la persona interpuesta es para la doctrina el "*presta hombre*" u "*hombre de paja*"¹¹⁷. En la interposición ficticia

¹¹⁶ LEFEBVRE, Francis, "*Responsabilidad de los Administradores, Levantamiento del Velo*", 1ª Ed. Edit. Lefebvre, Dossier Práctico, Madrid, España, 2000, págs. 191-196.

¹¹⁷ LEFEBVRE, Francis. Ob. cit., pág. 199.

de persona existe una disimulación parcial de una de las partes, no del contrato. Las partes intervinientes son tres:

- A. Contratante aparente,
- B. Contratante real, y
- C. Contraparte.

Los efectos de un contrato donde una de las partes se disimula con el uso de la figura de la interposición ficticia, tienen efectos para el contratante real y la contraparte, ya que se trata de un caso de abuso de forma jurídica, donde la intencionalidad fraudulenta es concluyente.

Otra forma de fraude de contrato con la utilización de una *persona jurídica*, es cuando mediante un contrato las partes quieren alcanzar un fin perfectamente determinado, pero han elegido una forma que permite a una de ellas liberarse de las consecuencias del contrato a base de recurrir después a la estructura formal de la *persona jurídica*¹¹⁸. Observándose así que el abuso se da cuando la *persona jurídica* que ya existe en el momento de celebrar el contrato es utilizada después para burlarlo.

- c. **Simulación y fraude de ley**, en la simulación, la reacción jurídica será mostrar la verdadera realidad jurídica. En cambio en el *fraude a la ley*, esta reacción buscará anular la realidad jurídica que se intenta crear. En la simulación, al desvelar el negocio simulado,

¹¹⁸ BOLDO RODA, Carmen, Ob. cit., pág. 75.

queda expuesto en su total realidad el negocio ocultado; en el fraude a la ley no hay un acto oculto, sino realizado al amparo de una ley que no le es aplicable.

Así, en la simulación hay un negocio ficticio que tiene como fin ocultar la realidad, mientras que en el fraude a la ley, los actos son reales, pero realizados en orden a obtener un resultado que burle una ley imperativa o prohibitiva.

Como vemos se trata de dos situaciones muy diferentes, la simulación muestra una apariencia que oculta la realidad, el fraude a la ley muestra un negocio jurídico real y deseado por las partes, pero con fines diferentes de la ley quebrantada.

- 3) **Daño Fraudulento a Terceros:** existen casos que no pueden quedar incluidos en las categorías ya tratadas de *fraude de ley y de contrato*, por lo que se hace necesario incluir el daño fraudulento a terceros con el fin de agrupar a aquellas conductas abusivas que tienen como eje principal la utilización de la persona jurídica para perjudicar a terceros de buena fe. Serick al establecer este criterio enumerar una serie de casos en los cuales se identifica el fraude a terceros, separándolos de la siguiente manera:

1. *Cuando el deudor habría tratado de poner obstáculos al derecho del acreedor*, no mediante la reducción de su patrimonio (del socio), sino de la sociedad de la que era socio único.

2. El otro caso se refiere a la *figura del préstamo mutuo a favor de una sociedad, cuando esta es de un solo socio*, es decir cuando es utilizado un “*hombre de paja*” para constituir la sociedad; iniciando con la fundación de una *persona jurídica* cuyo capital original es demasiado pequeño para los negocios planeados. El prestamista en realidad titular y dominador de la empresa, entrega luego el capital que la sociedad necesita a título y préstamo, con lo que se atribuye el papel del acreedor en el caso de fracasar los negocios, y así tiene la posibilidad de hacer valer su derecho sobre el patrimonio de la sociedad en concurrencia de los demás acreedores¹¹⁹.

Estos casos son acogidos en la actualidad bajo la figura de *la Infracapitalización*, una de los autores que los toma bajo esta perspectiva es Carmen Boldo Roda, por considerar que las nuevas relaciones comerciales que exige el mundo comercial actual, permiten que estos casos evolucionen y se perfeccionen rápidamente, por ello se destaca *La Infracapitalización* como la figura moderna de *fraude a terceros*.

La Infracapitalización o descapitalización se da cuando la sociedad se encuentra dotada en forma insuficiente de recursos patrimoniales, para el cumplimiento de su objeto social. Por lo que se hace necesario encubrir esa situación a los terceros y así poder realizar cualquier negocio jurídico. *La Infracapitalización* puede dividirse en¹²⁰:

¹¹⁹ SERICK, Rolf, Ob. cit., págs. 70-80.

¹²⁰ LEFREBVRE, Francis. Ob. cit., págs. 202 a 203.

1. *La Infracapitalización material* ¹²¹ se da cuando la sociedad no dispone de un capital ni de créditos que permitan a la misma afrontar su responsabilidad.

2. *Infracapitalización nominal* se realiza a través de los créditos de los socios, siempre y cuando exista una dotación de fondos suficiente ¹²².

¹²¹ Cuando la *Infracapitalización* es material, la tendencia doctrinal es extender la responsabilidad a los socios, por considerarlos como los únicos responsables de causar el daño a terceros de buena fe o a sus acreedores, al ocultar la verdadera situación financiera de la sociedad; esta conducta abusiva en la actualidad es solucionada a través del Levantamiento del Velo en países como España, Estados Unidos de Norte América, y Argentina.

¹²² LEFEBVRE, Francis, Ob. cit., págs 202-203

CAPITULO TRES

LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Sumario: 3.1 Nociones Generales. 3.1.1 Definición de la Doctrina del *Levantamiento del Velo*. 3.1.2 Origen. 3.2 Análisis de los Fundamentos. 3.2.1 La Equidad. 3.2.2 El Fraude. 3.2.3 La Agency. 3.3 Efecto y Finalidad. 3.4 Críticas. 3.5 El *Levantamiento del Velo* en los Estados Unidos de América. 3.5.1 Origen. 3.5.2 Características. 3.5.3 Factores. 3.5.3.1 Falta de Formalidades. 3.5.3.2 La Infracapitalización o la Equitable Subordination. 3.5.3.3 Grupos de Sociedades. 3.5.3.4 Sociedades Unipersonales (closely held corporation). 3.6 *Levantamiento del Velo* en España. 3.6.1 Origen. 3.6.2 Formulación del *Levantamiento del Velo* en la Jurisprudencia Española. 3.6.3 Casos Sistematizados por la Doctrina Española. 3.7 El *Levantamiento del Velo* en Argentina. 3.7.1 Origen. 3.7.2 De la Teoría de los Propios Actos a la Desestimación de la Persona Jurídica. 3.7.3 De la Teoría de la Desestimación a la Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica.

3.1 Nociones Generales.

Frente al fenómeno de la persona jurídica, se presenta una situación que permite considerar, que puede perfectamente conciliarse con su esencia, el hecho de que existe la posibilidad, que en casos excepcionales se adopten medidas que afecten a las personas naturales y/o jurídicas, que están detrás de ella, y por otra parte sería inconciliable con el sentido del ordenamiento jurídico que tuviera que respetarse la independencia de cual goza la sociedad anónima, cuando con ella se persiguieran fines contrarios a los que precisamente motivaron que se admitiera la independencia de su personalidad¹²³.

3.1.1 Definición de la doctrina del *Levantamiento del Velo*.

En la actualidad el *Levantamiento del Velo* ha logrado ubicarse en una posición muy importante dentro del Derecho en general, por los problemas que se presentan con el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades, obligando al juzgador en muchas ocasiones a prescindir de la personalidad

¹²³ HERRERA FONSECA, Rodrigo. Ob. cit., 1ª Ed., Edit. Investigaciones Jurídicas S.A., San José. Costa Rica. 2000. pág. 17.

jurídica que poseen las sociedades, o de los privilegios que importa la *sociedad anónima* al ofrecer la posibilidad de limitar la responsabilidad del socio al capital aportado.

Por lo anterior es necesario definir lo que se entiende por doctrina del *Levantamiento del Velo*, siendo imprescindible retomar algunas posturas, para luego construir una definición que permita viabilizar el *Levantamiento del Velo* en El Salvador.

DOBSON¹²⁴, "se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular". Para este autor el Levantamiento del Velo se presenta como un remedio, equiparando el abuso de la personalidad jurídica a una enfermedad que debe ser curada desde la raíz, atacando a los verdaderos responsables de los actos que han provocado los perjuicios a los terceros de buena fe.

POLO¹²⁵, es "el remedio frente a la desviación en el uso de la persona jurídica, que brinda la posibilidad de desestimar o prescindir de la estructura formal de aquélla, para penetrar hasta descubrir su mismo sustrato personal y patrimonial, poniendo así al descubierto los verdaderos propósitos de quienes se amparan bajo aquella armadura legal". Al igual que la definición anterior Polo califica de remedio el *Levantamiento del Velo Societario*, y plantea el mismo

¹²⁴ DOBSON, Juan M. *El Abuso de la Personalidad Jurídica (en el Derecho Privado)*. 1ª Ed. Edit. Depalma. Buenos Aires, Argentina 1985, pág. 11.

¹²⁵ POLO, Antonio. En su prólogo a la obra de Rolf Serick, *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles, El Abuso del Derecho por Medio de la Persona Jurídica*. 1ª Ed. Edit. Ariel, S.L. España. 1958, pág. 17.

propósito descubrir los verdaderos propósitos de los socios que se protegen bajo las figuras de la separación de patrimonios y la responsabilidad limitada.

DE ÁNGEL YAGÜEZ¹²⁶, “*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 interior*”. En un sentido mas procesal, este autor, propone que el *Levantamiento del Velo* sea considerado como una actuación, pero siempre con el objetivo de revelar los interés ocultos que motivaron su conducta.

BOLDÓ RODA¹²⁷, se limitaría a ser “*una expresión metafórica bajo la que se agrupan un conjunto de sentencias en las que se resuelven casos de fraude de ley, caracterizados por su común norma de cobertura: la normativa referente a la persona jurídica*”. En esta definición se aprecia mas una concepción netamente jurisprudencial en la cual el *Levantamiento del Velo* no constituye en si un instrumento para evitar el fraude e impedir la consecución de actos abusivos, sino por el contrario seria nada mas una forma alegórica de denominar la forma de resolver determinadas situaciones que se ventilan en las sentencias.

Aunque se puede advertir la diversidad de definiciones que surgen al respecto del *Levantamiento del Velo*, es necesario rescatar los elementos comunes y más relevantes que se presentan, para construir una definición que pueda desarrollarse dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño.

¹²⁶ DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*. 4ª Ed., Edit. Civitas. Madrid. España, 1997, pág. 18.

¹²⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 39.

Con los anteriores componentes se puede construir la siguiente definición, que pretende encontrar respaldo en la legislación salvadoreña: **«La Doctrina del Levantamiento del Velo se configura como una técnica jurídica que puede introducirse por la vía legislativa, en forma directa, al ordenamiento jurídico, o por la vía jurisprudencial, en forma indirecta; con la finalidad de allanar o desconocer la personalidad jurídica de las sociedades anónimas o su responsabilidad limitada frente a las obligaciones sociales contraídas, con el objetivo de evitar que se cometa o se prosiga con el abuso o fraude del cual ha sido objeto la sociedad anónima y la buena fe de los terceros, que se han relacionado con la misma, develando de esta forma los verdaderos intereses, motivos o personas que se ocultan tras la figura de la sociedad anónima».**

3.1.2 Origen de la Doctrina del *Levantamiento del Velo*.

A principios del siglo XX, en los Estados Unidos de Norte América, se observó un problema, al encontrar sociedades de grandes capitales en manos de extranjeros no gratos, de esta forma se invocaron motivos bélicos¹²⁸ y raciales para dar origen a una doctrina denominada del “*Levantamiento del Velo*” la cual pretende: “*establecer limites a las sociedades mercantiles cuando se sospecha que su uso ha sido abusivo y de mala fe, denominado a lo anterior como MIRAR LA SUSTANCIA Y DESPRECIAR LA FORMA*”¹²⁹; con el objetivo de superar la estructura formal de las personas jurídicas e indagar en su sustrato y de esta forma alcanzar a las personas que se hallaban encubiertos

¹²⁸ El inicio de la Primera Guerra Mundial, en el año 1914 fue el resultado de las ambiciones nacionalistas e imperialistas de los Estados, conformándose así dos alianzas, a la primera de ellas se le denominó la Triple Alianza, integrada por Alemania, el Imperio Austro-Húngaro e Italia; la segunda alianza fue conocida como la Triple Entente, que fue conformada por Francia, el Imperio Ruso y Gran Bretaña. Esta problemática no fue ajena a los Estados Unidos de América quien se convirtió en aliado de la Triple Entente.

¹²⁹ HERRERA FONSECA, Rodrigo. Ob. cit., pág. 30.

tras el manto corporativo con el fin de realizar actos que el derecho les prohibía o que eran contrarios al ordenamiento jurídico.

De esta forma nace la *Doctrina del “Disregard of Legal Entity”* (*Desentenderse de la entidad legal*) o *“Lifting of Piercing the Corporate Veil”* (*Levantamiento o correr el velo de la corporación*), en la época de la Primera Guerra Mundial, la que posteriormente se trasladaría a Europa. Con esta Doctrina se procedió a establecer límites a las *sociedades anónimas* cuando se sospecha que su uso ha sido abusivo y de mala fe.

La Doctrina establece que el *Levantamiento del Velo* es aceptado sólo cuando sea asociado a la naturaleza y finalidad de la persona jurídica.

Esto permitió a los juzgadores estadounidenses *Descorrer el Velo*, es decir a descubrir las verdaderas intenciones e intereses de los accionistas de la sociedad resolviendo conforme a los hechos; esta idea fue acogida en otros países como Francia, Alemania, España, México, y Costa Rica, que pretendían aplicar esta doctrina a *“Aquellos casos en los que exista un Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Anónimas, sorprendiendo la buena fe de los acreedores y buscando además las verdaderas intenciones o intereses que se ocultaban tras la apariencia de la responsabilidad limitada”*; convirtiéndose en un instrumento que brinda seguridad jurídica a los terceros de buena fe, que se ven involucrados en los negocios de las sociedades.

La doctrina del *Levantamiento del Velo* tiene su origen mas concretamente en los Estados Unidos de Norte América, pero es necesario rescatar un precedente muy importante del Derecho Inglés, que se puede apreciar como una especie de germen del *Levantamiento del Velo*, y es el caso de

SALOMOM v. SALOMON & Co. Ltd. de 1897; planteando que: *“Aaron Salomon un empresario de la trata de pieles, constituye una sociedad que adquiere su negocio, sociedad formada por él mismo y seis miembros de su familia, ostentando estos últimos tan solo una acción cada uno. Después de que él y dos de sus hijos fueran nombrados administradores, se firmo el contrato para la venta del negocio de la sociedad. El precio fue de 38,000 libras, y las acciones, salvo las seis correspondientes a los demás socios fundadores, pertenecían a Salomón en la parte restante, hasta el número de 20,000. El negocio no prospero y cuando la sociedad, un año después fue liquidada, su pasivo excedía de su activo 7,733 libras. El liquidador, que representaba las obligaciones no privilegiadas de la sociedad, adujo que el negocio era, en realidad, todavía, el negocio de Salomon, y que la sociedad no era sino una ficción destinada a limitar la responsabilidad por deudas de Salomón contraídas en el ejercicio de su actividad empresarial. De esta forma, Salomón tendría que ser obligado a satisfacer las deudas de la sociedad y su crédito por las obligaciones suscritas debía pospuesto hasta que los otros acreedores de la sociedad fueran satisfechos. Este caso fue condenado tanto por el Juez Williams y por el Tribunal de Apelación, al considerar que los demás socios fundadores eran meros testaferros y que las intenciones de Salomon era obtener lucro sin correr mayor riesgo, por tanto era necesario obligarlo a que Salomón pagara indemnizaciones a sus acreedores, ya que Salomon había constituido su sociedad con un propósito contrario a la ley; mientras que por otro lado, la Cámara de los Lores revocó por unanimidad la sentencia emitida y resolvió que Salomon no era responsable de las obligaciones validamente adquiridas y que el derecho que pesaba sobre el activo de la sociedad era efectivo contra esta y sobre los acreedores, no contra Salomon, que gozaba de acciones privilegiadas sobre la sociedad de responsabilidad limitada”*. Los hechos anteriores son un ejemplo claro de una de las formas de abusar de la

figura de las sociedades y su personalidad jurídica, debido a que al final Salomón fue exonerado del pago de sus obligaciones y aun conservó la calidad de acreedor privilegiado por las acciones que poseía; aun cuando era evidente que su actuación se encaminó desde un principio a la defraudación de los demás acreedores.

El caso de Salomon, demuestra que en Inglaterra en 1897, se dilucidaba lo que sería el germen del Levantamiento del Velo, que es desarrollado en su mayor plenitud en los Estados Unidos de Norte América, sobre la separación de los patrimonios y la búsqueda de las verdaderas intenciones e intereses de las sociedades anónimas, en el desenvolvimiento de sus actividades empresariales.

La doctrina original que exigía una demostración de fraude actual o de ilegalidad para poder invocar la aplicación por vía de equidad del “*Disregard of Legal Entity*” (*desentenderse de la entidad legal*), ha desembocado en una construcción mucho más amplia en la que, basta una conducta errónea, contraria a la equidad o fundamentalmente injusta, para la aplicación de dicho “*remedio*” de equidad aunque no se llegue a observar fraude actual o ilegalidad.

3.2 Análisis de los Fundamentos.

Las bases comunes sobre las cuales se construye la doctrina, para establecer “*los tres pilares fundamentales son: los conceptos de equidad, fraude y la doctrina de la agency*”¹³⁰.

¹³⁰ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 97. Estos son los tres ejes que van a servir de fundamento a las distintas manifestaciones que ha tenido la *Doctrina del Levantamiento del Velo* a nivel doctrinal, jurisprudencia y legal, de conformidad al Derecho anglosajón.

3.2.1 La Equidad:

La teoría del “*Disregard of the legal entity*” (Doctrina del *Levantamiento del Velo*) en el Derecho anglosajón es una aplicación de los principios y procedimientos de equidad¹³¹. Uno de los rasgos más característicos del Derecho anglosajón es la equidad, aparece como un sistema complementario y contrapuesto al del *Common Law*, que posee sus propias reglas y jurisprudencia; la concurrencia de estos sistemas se debe a los cambios históricos producidos desde la Alta Edad Media. El rigor del *Common Law* obedece al poder que tienen los jueces de crear Derecho, sin embargo a éste se le estableció un doble límite:

- a) por una parte, una cantidad limitada de acciones concedidas previamente,
- b) y, por la otra, la protección que otorgaban estos jueces se limitaba a la reparación de daños teniendo como única excepción la acción reivindicatoria mobiliaria¹³².

La regla general consiste en que los tribunales de equidad solo adquieren competencia del caso cuando existe un daño irreparable de otra forma¹³³. Sin embargo, la unificación procesal permitió que se estableciera un procedimiento y un juez único, así, se impusieron los procedimientos de equidad, que se

¹³¹ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 97.

¹³² BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 98. La acción reivindicatoria mobiliaria se convirtió en la única excepción a la doble limitante que se les estableció a los jueces del Common Law.

¹³³ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 98. se Entenderá que un daño es irreparable cuando el tribunal del Derecho no concede amparo alguno o cuando este amparo resulta ser inadecuado e injusto; y es cuando se aplican los principios de equidad para poder reparar el daño.

caracterizaron por ser más sencillos y menos formales, manteniéndose la figura de los jurados para las acciones de fondo originadas en el *Common Law*.

El reconocimiento y aplicación de las reglas de equidad por el *Common Law* no permitió que estas perdieran su carácter individual. El sistema actual de equidad tiene características como:

a. Aplicación de principios generales. Antiguamente el sistema del *stare decisis* o del precedente no era aplicable a las cuestiones de equidad, se basaban en la razón y conciencia; pero la relevancia de este tipo de situaciones conlleva a que estos criterios se fijen y concreten en una serie de pautas repetidas en cada caso, por ejemplo en el caso de los usos, reivindicación, cancelación de documentos endosables, cumplimiento de contratos y el fraude¹³⁴. Su marco de aplicación se mantiene impreciso para acoger los diversos cambios que estudian a la materia sobre la que se trata de resolver.

Por otra parte, aún cuando se habla de unificación legal, persiste la distinción doctrinal¹³⁵ entre derechos de equidad, títulos equitativos, defensas de equidad y los remedios del *Common Law*¹³⁶.

¹³⁴ DOBSON, Juan M. Ob. cit., pág. 125. En esta clase de ejemplos se presentan situaciones repetidas que permiten fijar y concretizar en cada caso particular la posibilidad de aplicación de la equidad, la cual es el fundamento para resolver este tipo de casos.

¹³⁵ Doctrinariamente se mantiene la distinción entre estos sistemas, así la interpretación jurídica y la inserción dentro de estos sistemas permite establecer que son diferentes, ya sea que provenga del *Common Law* o de la equidad.

¹³⁶ DOBSON, Juan M. Ob. cit., pág. 126. Esto se debe a la interpretación jurídica y a la inserción dentro del sistema de unos y otros son diferentes según provengan del *Common Law* o de la Equidad.

b. Función accesoria, complementaria y supletoria de la equidad. Es necesario para su aplicación que no haya una acción adecuada del *Common Law*, existe un cuerpo de normas que rige la mayor parte de las relaciones jurídicas, que es el *Common Law*. Así, la equidad es accesoria de este sistema y tiene como función complementar el régimen de Derecho agregándole cierta *elasticidad* que lo hace sensible a la realidad que se encuentra en constante cambio y a la cual debe ser aplicada. su carácter supletorio se manifiesta debido a que la equidad sólo brinda su amparo cuando no existe una acción adecuada en Derecho¹³⁷.

c. Poderes discrecionales de los tribunales de equidad. Se manifiesta en un triple sentido:

1. En cuanto a su propia competencia, ya que puede admitirla o rechazarla en los casos que se le planteen;
2. En la libre apreciación de las pruebas y ,
3. En la fijación de los límites de amparo brindados¹³⁸.

d. Finalidad transformadora de la equidad. Su finalidad es atenuar y flexibilizar las rigideces del Derecho adaptándolo a las diversas circunstancias que así, lo requieren. Esto se debe a la discrecionalidad de los tribunales de la equidad y a las diferentes clases de recursos que se pueden plantear. La equidad desarrollo su propio y particular sistema de precedentes, el cual ha llevado a

¹³⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 98. En esta función que realiza la equidad únicamente funciona como un elemento accesorio y solo va a funcionar como complemento del *Common Law*.

¹³⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 99. La discrecionalidad que se le otorga a los tribunales de equidad para este tipo de casos es muy importante para delimitarles sus funciones y competencia, en el sentido de que sólo se podrá intervenir en aquellos casos en que no exista a través de *Common Law* una forma de reparación del daño.

sujetar las actuaciones del juez, quien tiene otras limitantes como la existencia de una acción disponible en el ámbito del *Common Law*¹³⁹ para preservar un derecho, este se deriva de la imposibilidad de que la equidad pueda actuar contra leyes parlamentarias, es decir que si ya existe una ley que regula un Derecho la equidad no podrá intervenir.

e. **Lenguaje Vago e impreciso.** En todos aquellos casos resueltos con criterios de equidad el lenguaje es sumamente vago e impreciso, estas características se debe a su pretensión de generalidad y versatilidad¹⁴⁰. La doctrina del *Disregard of legal entity*, es utilizada por los tribunales de equidad y por los tribunales de Derecho, aún es una aplicación de los principios y procedimientos de la equidad, de manera que en el *Common Law* no existe una acción semejante para esta clase de casos.

El abuso de la personalidad jurídica surge como una posibilidad muy adecuada para la aplicación de la equidad.

La teoría del abuso de la personalidad jurídica adquiere su mayor dimensión en el Derecho concursal, ya que la mayor parte de casos a los que se aplica el *Disregard* son de insolvencia de la persona jurídica y a la existencia de bienes en manos de terceros, quienes a través de la figura societaria, pretenden burlar su

¹³⁹ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 99. En ese sentido los tribunales de equidad solo tendrán competencia para conocer cuando no exista en el *Common law* otra forma de poder reclamar una pretensión, esto se debe a que el *Common Law*, es el sistema que rige este Derecho, pero auxiliariamente cuenta con las reglas de la equidad.

¹⁴⁰ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 99. *El Disregard of Legal Entity* encaja en el ámbito de la equidad la cual se caracteriza por tener criterios de aplicación mucho más amplios que los del *Common Law*, por ello el lenguaje que allí se encuentra es en su mayoría vago e impreciso.

responsabilidad¹⁴¹; para esta clase de casos los jueces utilizan un procedimiento de equidad, por lo que no utilizan la figura del jurado y sus sentencias son consideradas de equidad.

3.2.1 El Fraude.

La teoría del *Disregard* esta formada por dos conceptos que constituyen su fundamento en las sentencias dictadas sobre estos casos:

- a. El fraude; y
- b. La *agency*.

En el Derecho anglosajón el concepto fraude es muy distinto al del Derecho Continental, en este se incluyen instituciones como la simulación, los actos fraudulentos y el dolo. Doctrinariamente es difícil enunciar un concepto general de fraude¹⁴², por lo que se debe analizar cada caso en particular para descubrir cuando se está frente a conductas fraudulentas; pero lo que si han hecho los tribunales es elaborar reglas de carácter general que permiten establecer cuando se encuentran frente a conductas fraudulentas y cuando no. Por regla general, el fraude comprende cualquier hecho destinado a engañar, este concepto se incluyen: los actos, omisiones y ocultamientos que llevan al incumplimiento de una obligación impuesta por ley o la equidad, o algún

¹⁴¹ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 99. En la mayoría de los casos, los afectados por las conductas abusivas se encuentran con el hecho de que los bienes de la sociedad se encuentran en manos de terceras personas, por lo que muchas veces los socios evaden su responsabilidad de esta forma.

¹⁴² BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 103. Esto se debe a dos razones:

- 1) A la aversión por parte del Derecho Anglosajón, respecto a las definiciones generales y sobre todo a una institución de carácter tan general, y
- 2) Dicha característica hace preferible la ausencia de definición ya que si ésta existe podrían nacer nuevas formas de fraude que intenten eludirlas.

fideicomiso o relación de confianza debidamente otorgada que resulte en un perjuicio para un tercero.

El fraude en el Derecho anglosajón utiliza conceptos que son utilizados por la doctrina del *Disregard*, no distinguiendo límites para cada figura, estos son:

- i. **False representations**, categoría más general respecto al fraude, aquí cualquier acto realizado por la parte que es cuestionada y que se estima suficiente para crear en la mente del afectado una impresión diferente de la realidad capaz de llevarlo a actuar en una forma determinada¹⁴³.
- ii. **Misrepresentations**, efectiva afirmación de una situación de hecho como verdadera cuando realmente es falsa, aunque en algunos casos no implica una situación dolosa¹⁴⁴.
- iii. **False pretenses, imposture**, la primera expresión hace referencia a los artificios a través de los cuales se accede al bien de un tercero; respecto a la segunda, designa las falsas manifestaciones respecto a la solvencia personal de quienes las realiza¹⁴⁵.

¹⁴³ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 104. Dentro de la categoría *False Representation*, se encuentran además de las conductas realizadas por la parte interesada, las de terceras personas o público en general incluyendo las que determinen la conducta de personas desconocida en un sentido determinado.

¹⁴⁴ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 104. La figura del *Misrepresentations* no siempre se encuentra relacionada con una conducta dolosa, basta que se constituya una situación de hecho que sea falsa para que haya fraude.

¹⁴⁵ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág.104. Dentro del *False Pretenses, Imposture*, se encuentran regulados dos tipos de conducta, por una parte la conducta artificiosa que lleva a acceder a los bienes de un tercero, y por la otra las falsas manifestaciones respecto a la solvencia personal de quien realiza la conducta.

En la equidad existe la posibilidad de amparar los supuestos en donde se realizan transacciones que hayan surgido de falsas afirmaciones como en el caso de la *misrepresentations*, aun cuando hay o no intención de cometer fraude por parte del emisor, es decir, que exista una falsa manifestación que induzca a error a la persona que resultó afectada.

Contrario a este amplio campo de aplicación que se tiene en la equidad respecto al fraude en el *Common Law* las acciones que ofrece son mucho más limitadas inclusive inadecuadas; solo cuando la acción ofrecida por el *Common Law* resulte adecuada es posible que los tribunales de equidad declinen su competencia.

La jurisdicción de equidad distingue dos tipos de fraude:

1. **Fraude constituido:** existe una pura determinación judicial sin que existan los requisitos que se han establecido para el fraude; aquí se procura evitar que haya un enriquecimiento injusto de una persona respecto a otra aunque no exista un acto intencional¹⁴⁶, es decir se trata de contrarrestar cualquier tipo de conducta que lleve al tercero a enriquecerse en perjuicio de un tercero, los Tribunales consideran que existe fraude cuando entre las partes se involucre una particular dosis de confianza, que requiere que cada uno de los dos intervinientes deban guardar una especial buena fe.

¹⁴⁶ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 105. El *Fraude Constituido* consiste en cualquier acto de omisión contrario a las obligaciones legales y deberes de equidad, o a la violación de alguna relación de confianza que cause perjuicio, este tipo de conducta se puede dar en la relación fiduciaria.

2. **Fraude actual:** engaño producido intencionalmente, se distingue del fraude constituido, podemos asemejarlo al dolo, y al igual que este se puede considerar como vicio de la voluntad¹⁴⁷, en este se trata de conductas encaminadas a engañar al sujeto en beneficio propio. Cuando existe fraude de conformidad a lo establecido por el tribunal de equidad se producen diversos efectos¹⁴⁸:

a) **La rescisión**, se niegan los efectos jurídicos a un instrumento que pueda perjudicar a una de las partes otorgantes, de esta forma se trata de salvaguardar los intereses de aquellos que se pueden ver perjudicados por el fraude.

b) **La reforma**, se altera el contenido del instrumento otorgado de la manera que el tribunal entiende que debía ser redactado para manifestar la verdadera intención y derechos de las partes, de esta manera se evita que haya un vacío que de la pauta para que se produzca una conducta fraudulenta.

c) **Constructive trust:** grava el bien objeto del fraude con un fideicomiso a favor de la víctima del fraude, con lo que se permite recuperar la propiedad de dicho bien a quien lo había transmitido definitivamente, esta es una forma de garantizar el resarcimiento del daño provocado por la conducta fraudulenta.

¹⁴⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 105. La característica del Fraude Actual consiste en la intención de producir el engaño, lo que se asemeja a la figura del dolo.

¹⁴⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 106. Los cinco efectos que pueden resultar cuando el Tribunal de equidad confirma la existencia del fraude, son: *la rescisión, la reforma, el constructive trust, estoppel y anulabilidad.*

d) **Estoppel in pais.** aplicar la preclusión procesal, y por consecuencia la imposibilidad de negar un hecho o un conjunto de hechos, cuando se ha negado la apariencia de este hecho frente a los terceros.

e) **Anulabilidad:** el consentimiento que se obtiene de manera fraudulenta hace el negocio jurídico anulable. Esta nulidad puede ser parcial, manteniendo el negocio y declarando tan solo la nulidad de alguna cláusula o condición, esto es lo que el Código Civil salvadoreño reconoce como vicios de la voluntad, que tiene como efecto la anulabilidad del contrato o una cláusula de este.

La simulación como parte del concepto fraude en el Derecho anglosajón es fundamento del *Disregard* en la mayoría de fallos sobre esa situación; además es conocida por varias denominaciones: “*instrumentalito*”, “*alter ego*”, “*identity*” y “*sham or shell corporations*”. Doctrinariamente se critica el hecho de que se ha considerado esta clase de jurisprudencia como metáfora o epíteto, sustituyendo la realización de un correcto análisis. En la Doctrina del *Disregard* se utilizan tres variantes¹⁴⁹.

1. **The instrumentality doctrine.** Basada en las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica en aquellos casos en los que se intenta eludir la aplicación de las leyes; esta doctrina

¹⁴⁹ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 107. Estas doctrinas no exponen una formulación distinta, sino que por el contrario, son esencialmente la misma, de esta forma se utilizan por los tribunales indistintamente y se retoman en aquellos casos en que entre los dueños del capital de una persona jurídica y ésta, existe una unidad de intereses que las personalidades separadas de la sociedad y de sus socios, no sean considerados como tales, ya que, si se protege y permite la separación sería estar protegiendo el fraude cometido; como resultado de ello se procede a levantar el velo, de esta forma el acto que se realizó por la sociedad viene a atribuirse tanto a esta como a los socios, ya que las relaciones contractuales, obligaciones o efectos de una sentencia condenatoria le son extensibles.

fue formulada en el año 1931 por Powell¹⁵⁰, quien estableció que para su aplicación es necesaria la existencia de 3 factores:

a. **Excesivo control**, ocurre en las relaciones sociedad dominada – sociedad dominante, respecto a ello los tribunales han manifestado que este control se da cuando las sociedades dominantes poseen el cien por ciento de las acciones de la sociedad dominada, a pesar de que existen directivos comunes no basta para detectarla puesto que es necesario que existan otros factores de la organización de la dominada para que logre establecerse la falta de independencia.

b. **Conducta fraudulenta e injusta**, incluye una gama de actos, como: utilizar a la sociedad para cometer fraude, evadir el cumplimiento de normas o de obligaciones legales o contravenir los derechos del demandante.

c. **Nexo causal**, Necesita la existencia de un nexo causal entre el excesivo control y el daño infringido. Para algunos tribunales la insolvencia es el típico ejemplo de nexo causal en relación al daño, que viene a ser un tercer factor¹⁵¹ que se presenta en casi todos los casos.

¹⁵⁰ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 108. La Doctrina formulada por *Powell* se adoptó por los tribunales en el caos *Lowendahl vs. Baltimore & Ohic Railroad* en el que se discutía sobre un ilícito civil, además se repitió en casos de quiebra que llamaron mucho la atención y posteriormente en casos de contratos, ilícitos civiles, etc.

¹⁵¹ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 109. Este tercer factor se puede reflejar en el caso de los contratos, donde se constituye una relación entre los contratantes.

2. The alter ego doctrine, Esta doctrina¹⁵² es otro concepto estándar para que ocurra el Levantamiento del Velo y se utiliza con frecuencia en aquellos casos de extensión de la responsabilidad en los grupos de sociedades, coordinándose con su variante la *instrumentalito doctrine*¹⁵³, de la que es casi indistinguible.

En esta doctrina, es necesario levantar el velo cuando existe la unidad de propiedad e interés entre dos sociedades pertenecientes a los mismos socios, los cuales han dejado de ser personas jurídicas separadas y la dominada se relega al estado de *alter ego* de la dominante, así el reconocimiento de ambas como personas jurídicas separadas llevaría a permitir el fraude y otros resultados injustos¹⁵⁴.

Otros Tribunales utilizan la expresión *alter ego* unido a otros términos metafóricos comúnmente empleados para imponer responsabilidad en virtud del *Levantamiento del Velo*, pero el control por si mismo, no es motivo suficiente para justificar el *Disregard*, sino que se necesita que haya una actividad dolosa o fraudulenta.

3. The identity doctrine, Expresión adoptada a partir de los escritos de Powell, no tiene mayor difusión, trata sobre casos en los que existe una identidad común entre la sociedad dominante y la sociedad

¹⁵² BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., págs. 109 y 110. La expresión *Alter Ego*, describe el caso en que uno o más socios individuales utilizan a la sociedad como escudo o pantalla para llevar a cabo transacciones personales.

¹⁵³ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 109. La expresión *Instrumentalito*, hace referencia al contexto de los grupos de sociedades en los que la sociedad dominada es in mero instrumento de la sociedad dominante.

¹⁵⁴ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 110. La doctrina se ha pronunciado respecto a los grupos de sociedades debido a que es en estos donde se producen más casos en los Estados Unidos por su estructura económica; así, se debe tener en cuenta que el socio de control podría ser una persona física con lo que la doctrina sería igualmente aplicable al ámbito de las sociedades unipersonales, que son menos frecuentes en ese sistema.

dominada. La doctrina como la jurisprudencia han coincidido en manifestar que esta teoría es intercambiable con otras teorías aplicables al *Levantamiento del Velo*, bajo las cuales se ignoran las personalidades separadas de la sociedad dominante y la dominada y son consideradas como una sola persona¹⁵⁵.

En sentido lato la doctrina del *alter ego* y las otras variantes son doctrinas de equidad, a pesar de que el *Common Law* la ha aceptado en varios casos. De conformidad a los principios aplicados a ésta materia sólo puede declararse la desestimación de la personalidad a instancia de parte y sobre ella recaerá la carga de la prueba del perjuicio y fraude o mala fe que haya sufrido, con la finalidad de establecer el fraude constituido. El Derecho anglosajón se basa en la presencia de indicios que deben darse acumulativamente, la conclusión no puede basarse en un sólo requisito sino que además debe concentrar una serie de factores a los que se debe añadir el elemento de la injusticia¹⁵⁶.

3.2.2 La Doctrina de la Agency

Esta doctrina, constituye uno de los fundamentos del *Disregard*, el concepto de *agency* en el Derecho anglosajón es más amplio que el que se conoce del

¹⁵⁵ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 111. Respecto a esto, el autor *Blumberg* introduce otra teoría que sirve de fundamento al *Veil Piercing*, denominada *Sham o Shell Corporations*, la cual fue muy aceptada, sin embargo no posee rasgos que la diferencien de las anteriores.

¹⁵⁶ Pero los indicios que comúnmente se dan en todos los Estados Unidos de Norteamérica son:

- a) Existencia de la sociedad con un solo socio, ya sea persona física o jurídica.
- b) Falta de capitalización suficiente de la sociedad en relación a los fines que constituyen su objeto.
- c) Falta de cumplimiento de formalidades en la vida social.
- d) Existencia de *traspases* de fondos entre los patrimonios de la sociedad y el socio dominante.
- e) Falta de vida social que se manifiesta por la no llevanza de contabilidad alguna
- f) Falta de emisión de las acciones.

de agencia¹⁵⁷: La amplitud del concepto permite que se incluyan el mandato representativo o no; el arrendamiento de obra y de servicios; el contrato de trabajo; la relación respecto de los órganos de las personas jurídicas; la comisión; la agencia mercantil; las relaciones fiduciarias y las que se derivan de la utilización de testaferros; pero el concepto *agency* incluye la idea de los actos realizados por sociedades en beneficio de una persona. En el Derecho anglosajón existe una facilidad para que el tercero promueva acciones directas contra el principal, se encuentre oculto o no.

En la responsabilidad extracontractual, el principal debe responder por los actos del agente en aplicación del principio "*respondeat superio*" (responde el superior); respecto a la responsabilidad contractual, cuando el agente no haya dado a conocer la existencia de su principal en la celebración de un contrato, el tercero con que contrato se encuentra autorizada promover una acción directa contra el principal a pesar de ignorar su existencia al momento de concluir el contrato, esto resulta ser apropiado para solucionar los problemas que se derivan del abuso de la personalidad de las personas jurídicas. Para que la responsabilidad alcance al principal oculto, socio o sociedad dominante, la jurisprudencia establece tres requisitos:

- a) Que exista control sobre el agente en el momento que se realizaron los actos que dan lugar al ejercicio de la acción;

¹⁵⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 113. En el Derecho anglosajón el concepto *Agency* es mucho más amplio del que se conoce en el Derecho continental, por lo tanto no se puede asemejar al contrato de agencia, ya que este es mucho más restringido y concreto. La *Agency* es la relación que nace cuando una persona manifiesta su intención de realizar actos a través de otra persona y ésta acepta representarla; esta relación no es estrictamente contractual y para que exista no se exige la capacidad en los intervinientes.

b) Que dicho control tenga una relación causal con los daños o perjuicios que motivan el ejercicio de la acción ;

c) Que exista un propósito fraudulento en relación con los terceros¹⁵⁸.

Doctrinariamente, desde el punto de vista técnico jurídico la doctrina de la *agency* y *del fraude* no son sólo distintas, sino también contrapuestas; por un lado, la aplicación de la doctrina de la *agency* trae como consecuencia la personalidad separada de la sociedad y del socio, mientras, la doctrina del fraude trae como resultado la existencia de una única personalidad. Así la consecuencia de aplicar una u otra tiene como consecuencia negar la personalidad en el primer caso y aceptarla en el segundo, aún cuando se responsabilice al principal por los actos del agente. El fin de la jurisprudencia del *Disregard* es buscar una solución justa, aún cuando tiene como fundamento instituciones que carecen de rigor técnico, las cuales poseen más bien un carácter plástico o metafórico que trata de apoyar un resultado determinado.

3.3 Efectos y Finalidad de la Doctrina del Levantamiento del Velo.

a) Efectos del Levantamiento del Velo.

La penetración de los órganos judiciales en la interioridad de las formas societarias, produce, como efecto esencial *“la comunicación de la*

¹⁵⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 114. Este último requisito hace que haya una contradicción con el instituto de la *agency*, ya que cuando un agente hace nacer relaciones jurídicas de las que resulta obligado su principal, el fundamento de la acción directa que el Derecho anglosajón concede al tercero que contrato con el agente se encuentra en la responsabilidad refleja del principal y no en el fraude. De manera que la buena o mala fe es algo distinto, que puede o no estar presente, pero las relaciones entre el principal y el agente pueden resolverse aplicando los principios de la *agency* sin necesidad de recurrir a los principios del fraude.

*responsabilidad personal a las personas físicas o socios que la integran*¹⁵⁹, con la aplicación de *la doctrina del Levantamiento del Velo* es posible responsabilizar solidariamente de las obligaciones contraídas por la sociedad en las actividades ilícitas que se realizan por los accionistas, resultando beneficioso a los acreedores y terceros que fueron afectados por las diversas conductas abusivas manifestadas por la sociedad. Pero este no es el único efecto que se produce con la aplicación del *Levantamiento del Velo*, ya que existen otros efectos entre los que se pueden mencionar¹⁶⁰:

I. Mantenimiento de la personalidad jurídica del ente societario: la realización del *Levantamiento del Velo* implica en absoluto que, con carácter general, se pueda prescindir del mecanismo de la personalidad jurídica, únicamente opera exigiendo “*responsabilidad directa a los socios*” (generalmente a los órganos de administración de la sociedad) dejar sin efectos en la vida jurídica al ente social y proceder a exigir forzosamente su disolución implicaría vaciar de contenido una institución legal y prescindir de un buen instrumento técnico del derecho patrimonial, e incluso el desmoronamiento del derecho societario; con ello se pretende dar efectividad al principio de la responsabilidad patrimonial universal, sin que ello implique un desconocimiento o desintegración de la personalidad jurídica de la sociedad.

II. Comunicación de la responsabilidad personal a las personas físicas: el goce de los privilegios de la forma jurídica societaria,

¹⁵⁹ LEFEBVRE Francis. *Responsabilidad de los Administradores, Levantamiento del Velo*; 1º Edic, Edit Dossier Practico, Madrid, España, 2000 pág. 208.

¹⁶⁰ LEFEBVRE Francis. Ob. cit., págs. 209, 210, 211.

principalmente el deslinde de responsabilidades, la limitación de estas para evitar responder de las actuaciones y conductas personales generadoras de incumplimiento de obligaciones contractuales producen la aplicación de la técnica del *Levantamiento del Velo* dando como resultado final comunicar a los administradores y dueños de la sociedad, la responsabilidad patrimonial contraída por su actuación rigurosamente personal de incumplimiento de los pactos. El resultado en efecto de la aplicación del *Levantamiento del Velo* no puede ser otro que deslindar la verdadera constitución social de la sociedad personal y negocialmente, a efecto de la determinación e imputación de responsabilidades.

III.Exigibilidad de responsabilidad a los administradores: la exigencia de la responsabilidad a los administradores societarios, hace que estos respondan frente a terceros por los daños causados por actos contrarios a la ley, a los estatutos o por la realización sin la diligencia debida; caracterizándose esta responsabilidad individual por la necesidad de acreditar clara y terminantemente que la actuación de un determinado administrado ha lesionado directamente intereses de acreedores o terceros ¹⁶¹.

De esta forma los administradores responden frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales, estos

¹⁶¹ Art. 133 LSAE. Responsabilidad.

1- Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

Es decir, que se sigue las reglas generales en materia de responsabilidad por daños causados en actuaciones dolosas o negligentes en el ámbito contractual o extracontractual no calificables como infracciones penales, donde se busca el daño emergente y el lucro cesante de los afectados y con ello se inicia, la exigibilidad de la responsabilidad solidaria.

últimos pueden ejercitar la acción individual como la acción social de responsabilidad contra los acreedores, situación que ratificaría legalmente *la doctrina del Levantamiento del Velo* de la persona jurídica. Especial trascendencia tiene esta doctrina para la exigibilidad de responsabilidades a los llamados administradores de hecho siendo los efectos para estos la responsabilidades a quien, sin ostentar el cargo de administrador (no aparece inscrito en el registro mercantil como tal), es el que verdaderamente dirige y coordina la actuación de la sociedad¹⁶².

IV. La condena de responsabilidad solidaria: ante los indicios claros de identidad subjetiva u objetiva de sociedades que actúan en el tráfico jurídico con absoluta independencia, sirviendo de instrumento o vehículo de fraude una vez *Levantado el Velo* de las mismas, se ha confirmado generalmente una condena solidaria como garantía y protección de los derechos e intereses legítimos que se habían vulnerados mediante dicha forma jurídica¹⁶³.

La utilización del *Levantamiento del Velo* hace que proyecte a los administradores su responsabilidad solidaria en todas las obligaciones que no hayan sido extinguidas por la sociedad, sin condicionamiento alguno, excepto cuando pruebe que no habiendo intervenido en el acto o adopción del acuerdo o en su ejecución, desconocían su existencia o conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el

¹⁶² LEFEBVRE, Francis. Ob. cit., pág. 209.

¹⁶³ LEFEBVRE, Francis. Ob. cit., pág. 209.

daño o se opusieron expresamente a este¹⁶⁴. Para que surja la responsabilidad solidaria ha de comprobarse la siguiente circunstancia:

- a) *La presencia de obligaciones contraídas en nombre de la sociedad interpuesta o pantalla (la cual en la mayor parte de supuestos fácticos tras endeudarse desaparece del tráfico jurídico).*
- b) *La presencia de un verdadero fraude de ley como representación evidente de la búsqueda de evadir responsabilidades y por ende crear perjuicios al amparo de la ficción de la personalidad jurídica supone (normalmente creando sociedades para soslayar responsabilidades)¹⁶⁵.*

V. Negación de legitimación activa en supuestos de tercerías de dominio: El supuesto típico es el de la transmisión de ciertos bienes que van a ser embargados a una sociedad creada al efecto y en la que al levantar el velo de la misma se aprecia identidad de elementos personales con la entidad ejecutada (o el deudor individual embargado); al desenmascarar la realidad que subyace en las formas jurídicas empleadas se infiere que el tercerista carece de la condición

¹⁶⁴ Art. 133 LSAE. Responsabilidad.

2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.

3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

¹⁶⁵ LEFEBVRE Francis. Ob. cit., pág. 210.

de tercero negándose la legitimación en este incidente que es presupuesto esencial para la viabilidad de la propia acción ejercitada¹⁶⁶.

El *Levantamiento del Velo* aplicado a los incidentes de las tercerías de dominio, tiene como finalidad *descubrir si el tercero es o no ajeno a las deudas apremiadas y como tal analizar la legitimación activa de la acción*; el tercerista para que prospere su acción debe probar su título dominical, es decir, debe demostrar que es el propietario de los bienes si el título supone justificación del dominio y si el mismo es válido para producir la adquisición del dominio, ya que dicha acción tiende esencialmente a sustraer del procedimiento de apremio bienes que no pertenecen al patrimonio del ejecutado y que no han de responder de las deudas contraídas por aquel, por ello se protege al tercerista cuando acredite su derecho preferente.

Finalmente, el interés de la utilización del *Levantamiento del Velo* en el campo de las tercerías no solo sirve para descorrer el velo de las formas y analizar la cualidad de terceros sino también para analizar la causa contractual en los supuestos en los que los deudores ejecutados proceden a trasladar su patrimonio ejecutado a otra persona sea física o jurídica, con la intención de evadir sus responsabilidades pecuniarias.

¹⁶⁶ LEFEBVRE Francis. Ob. cit., pág. 210.

VI. Imputación de responsabilidad personal en sociedades de socio

único: *en las sociedades unipersonales se establece el siguiente régimen especial de responsabilidad :*

- 1) Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad deben constar por escrito o en la forma documental que exige la ley de acuerdo con su naturaleza y se han de transcribir a un libro-registro de la sociedad que debe ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de la sociedad, así mismo han de registrarse en la memoria anual¹⁶⁷.
- 2) En caso de insolvencia provisional o definitiva del socio único o de la sociedad no son oponibles a la masa los contratos que no hayan sido transcritos al libro- registro y no se hayan referenciados en la memoria anual.
- 3) Durante el plazo de dos años contados desde la fecha de celebración de los contratos señalados, el socio único es responsable frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de estas como consecuencia de dicho contrato¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Art. 128 LSRLE. Contratación del socio único con la sociedad unipersonal. 1. Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad deberán constar por escrito o en la forma documental que exija la Ley de acuerdo con su naturaleza, y se transcribirán a un libro-registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones.

¹⁶⁸ Art. 128 LSRLE. Contratación del socio único con la sociedad unipersonal.

3. Durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los contratos a que se refiere el apartado 1, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos.

VII. En caso de unipersonalidad sobrevenida: transcurridos seis meses desde la adquisición del carácter unipersonal por la sociedad, sin que esta circunstancia se hubiera inscrito en registro mercantil, el socio único responde personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad, inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad¹⁶⁹; porque se conoce desde el momento de la Inscripción de la sociedad que esta es unipersonal, y por ello goza como las otras sociedades de la *responsabilidad limitada* desde el momento de la inscripción.

El Levantamiento del Velo procede, cuando quede probado que la persona física, el socio único, actúa en el tráfico mercantil al margen de la publicidad registral, siendo además relevantes las siguientes circunstancias:

- a) *Carencia de liquidez de la sociedad,*
- b) *Incumplimiento del deber de depositar las cuentas anuales en el registro mercantil e;*
- c) *Inexistencia de patrimonio societario.*

¹⁶⁹ Art. 129 LSRLE. Efectos de la unipersonalidad sobrevenida.

Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.

En tales casos, se acoge la técnica del desconocimiento de la personalidad jurídica, a pesar de tratarse de una sociedad de socio único se muestra el ejercicio abusivo del derecho al constituir sociedades mercantiles, aprovechando la personalidad diferenciada que tiene los socios para evadir la responsabilidad del fundador, en perjuicios de los derechos de terceros o incumplimiento de sus obligaciones frente a ellos.

b) Finalidad de el Levantamiento del Velo:

Con la aplicación de ésta se pretende evitar los perjuicios a los de terceros titulares de intereses legítimos, sean públicos o privados, ante el abuso de la forma jurídica societaria; al evitar un daño ajeno en los derechos de los demás, constituye la “*ratio*” de la posibilidad de los jueces de penetrar en el interior de dichas formas o ficciones jurídicas constituyéndose una técnica al servicio de una *Finalidad Esencial*: la protección de los derechos e intereses de terceros que pueden quedar desvalidos ante las entidades jurídicas de un modo ficticio cuya causa no es servir al fin propio del contrato de sociedades, sino la intencionalidad de causar fraude a sus acreedores legítimos, eludiendo el pago de sus obligaciones y dejando carente de significado la responsabilidad patrimonial universal de sus socios¹⁷⁰.

Al evitar el abuso de la independencia de la personalidad jurídica también se realiza un hito constante en la utilización de la técnica a fin de evitar que las sociedades sirvan dentro del tráfico jurídico como mecanismo de fraude,

¹⁷⁰ LEFEBVRE. Francis. Ob. cit., pág. 205. La razón última de penetrar en el interior de las personas jurídicas procediendo al Levantamiento del Velo, no es otra que la protección del tráfico jurídico evitando las situaciones de insolvencia que voluntariamente son queridas mediante el abuso de las personificaciones.

amparándose en la protección legal que le proporciona la forma societaria, mediante la interposición de una nueva personalidad jurídica bajo la cual se pretende el incumplimiento de los contratos validamente concertados, burlar los derechos patrimoniales de terceros, eludir la aplicación de la ley, encubrir la actuación de sus socios en actividades que les están personalmente prohibidas¹⁷¹.

La utilización de esta finalidad queda fijada en la doctrina jurisprudencial: la protección de los intereses de terceros sean estos públicos o privados. Sin embargo la disparidad nace en el contexto de terceros, ya que si puede preguntarse si dentro del amparo se encuentra la protección de los intereses de los socios, sobre tal cuestión la jurisprudencia coincide que esa doctrina ha sido concebida en defensa de terceros y no de los propios socios.

3.4 Críticas.

a) posturas favorables.

En esta línea de pensamiento se parte del hecho de la Asunción de la persona jurídica como una ficción de los juristas, es decir una creación de la dogmática jurídica. El desarrollo de las conductas abusivas dentro de las figuras societarias y en especial en las *sociedades anónimas*, ha producido que tímidamente inicien la materialización de la aplicación de la doctrina del *Levantamiento del Velo*, y con ello el apoyo para la utilización de esta nueva figura jurídica.

¹⁷¹ LEFEBVRE Francis. Ob. cit., pág. 205.

El más sobresaliente de estas posturas es Embid Irujo¹⁷², al establecer que con el *Levantamiento del Velo* se pretende resolver los constantes abusos a la persona jurídica, desde una perspectiva material, que no se obtendría si se siguiera un razonamiento formalista limitado a la aplicación superficial del comportamiento enjuiciado¹⁷³.

Una de las corrientes que apoyan la doctrina del *Levantamiento del Velo*, se basa en el concepto de “*capitalización adecuada*” en relación con el objeto social de la sociedad, ya que una de las principales funciones del capital social es la de brindar una garantía a los acreedores y terceros contratantes en general. Así ante la falta de capital, este debe remplazarse con la falta de limitación de la responsabilidad de los socios y viceversa. Se infiere de lo anterior que el ordenamiento societario contiene implícitamente normas que resguardan contra la infracapitalización, a través de la responsabilidad de los socios.

Así a través del análisis de las normas de responsabilidad y capitalización, los autores¹⁷⁴ de esta corriente concluyen que *se llega así a la solución de los casos de Levantamiento del Velo de la persona jurídica de*

¹⁷² EMBID IRUJO, José M, “*El Levantamiento del Velo de la sociedad anónima* (Doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad de los socios por las deudas sociales)”; Tribuna Social, Num17, Mayo 1992, España. Para este autor el objetivo de la doctrina del Levantamiento del Velo es lograr la justicia material y evitar el fraude, por lo que se perfila como un instrumento válido y eficaz para que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas (jurídicas) cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás.

¹⁷³ BOLDO RODA, Carmen, Ob. cit., pág. 311. Para Embid Irujo, el Levantamiento del Velo, es un Instrumento válido y eficaz para que los jueces puedan penetrar en el interior de las personas jurídicas, cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia... en el daño ajeno de los derechos de los demás.

¹⁷⁴ Embid Irujo, José; Sánchez-Calero, Fernando; Puig Brutau, José; Auriolos Martín, Adolfo. Estos autores apoyan el *Levantamiento del Velo*, por considerarla una forma adecuada de hacer valer los derechos de terceros afectados, y con ello iniciar una nueva visión objetiva de responsabilidad de daños, donde los privilegios como el de la responsabilidad limitada, son desvirtuados para poder ejercer una verdadera responsabilidad solidaria, a la vez promueve un papel más activo de los jueces para poder hacer más efectiva la aplicación de esta técnica.

una manera normal, extendiendo la responsabilidad de los socios por deudas sociales.

En la aplicación de la doctrina del *Levantamiento del Velo* se produce un contraste entre dos interpretaciones posibles, la legal - formalista y la realista – principal.

1. *Legal-Formalista*: desde este punto de vista pareciera que pudiera alejarse de la realidad, constituyendo un expediente jurídico, una categoría absoluta, con criterios jurídicos autos justificados y justificadores de cualquier situación que se encuadre en ello. Por lo que la argumentación jurídica parece poder prescindir de cualquier consideración de la realidad que no se refiera a la comprobación y argumentación del propio caso.
2. *Realista-Principal*: es la propia de la jurisprudencia del *Levantamiento del Velo*, los expedientes legales son relativos y justificados solo a efectos de obtener la justicia material en el caso en particular¹⁷⁵.

En el desarrollo de estas corrientes se encuentra la fundamentación del *Levantamiento del Velo* como una “*jurisprudencia de intereses*”, que surge como reacción al método constructivo o de jurisprudencia de conceptos. El punto de partida de esta dirección se encuentra en la afirmación de que los conceptos normativos se forman en el espíritu popular, produciendo a su vez los preceptos jurídicos.

¹⁷⁵ BOLDO RODA, Carmen, Ob. cit., pág. 312. De estas interpretaciones se sostiene que en la solución de un caso de *Levantamiento del Velo*, y ante el análisis realizado, este contraste es necesario ya que al obtener resultados inicuos, inmediatamente se recurre a la argumentación de principios básicos de justicia, y a través de ellos determinar la ofensa al derecho y la defraudación cometida a terceros.

En el caso de existencia de una laguna de ley, el juez habrá de limitar su función a inferir de los preceptos positivos el concepto fundamental de los que estos se derivan, construirle para después deducir de él la norma necesaria. Este modo de llenar lagunas de la ley ha sido designado por los juristas como “*método de inversión*”; al no existir laguna en la ley, el procedimiento empleado por la jurisprudencia conceptual será el contrario, es decir, incluirá el caso concreto en la norma llamado “*método de subsunción*”¹⁷⁶.

Con la técnica del *Levantamiento del Velo*, se obtiene resultados tan diversos como situaciones se ponga bajo su aplicación, la crítica se orienta hacia el hecho que esta técnica ha dejado de tener un carácter excepcional en la práctica judicial, convirtiéndose en una técnica del derecho de sociedades de capital que brinda una “*solución – comodín*”; expresando la necesidad de limitar la aplicación solo a casos especiales o a los supuestos normativos creados para su aplicación.

b) Posturas Desfavorables.

Se fundamentan en la tesis, *donde la personalidad jurídica es una creación de los juristas, que han generalizado normas dictadas para resolver problemas concretos*; donde se afirma que la interposición de la personalidad jurídica, como ente separado de sus componentes (personas físicas), solo procede cuando aparezca justificada¹⁷⁷.

¹⁷⁶ BOLDO RODA, Carmen, Ob. cit., Citando a De Cossio y Corral, A. pág. 313.

¹⁷⁷ BOLDO RODA, Carmen, Ob. cit., pág. 300. Se parte de que la personalidad jurídica, es una creación del lenguaje de los juristas, que han generalizado normas dictadas para resolver problemas concretos, y es en esa idea donde se afirma que la personalidad jurídica separada de sus componentes, solo deberá proceder cuando sea justificada es decir cuando el caso en concreto lo amerite y se haya recurrido a todas las salidas alternas que da el derecho.

Esta postura se sitúa en la línea mantenida, en un principio por Ascarelli y modernamente por Galgano, en las ideas que sobre el concepto de persona jurídica mantiene la teoría del análisis del lenguaje; partiendo de la existencia de la persona como sujeto de derecho, concibiéndose que en determinadas situaciones, significa *dar un paso en falso que solo ayuda a crear un “velo lingüístico”, acudiéndose a través del Levantamiento del Velo*, a la creación de una nueva construcción conceptual de persona. Desde este punto de vista tanto “*la personalidad jurídica*” como “*El Levantamiento del Velo*”, se convierten en “*expedientes lingüísticos*”¹⁷⁸.

Las críticas más preponderantes hacia el *Levantamiento del Velo* se pueden Enunciar de la siguiente manera:

- I. La principal crítica de estas posturas, se dirige a la *posición formalista*, partiendo de la visión de la persona jurídica como sujeto distinto de las personas que la integran, simulando, en condiciones basadas de equidad y la justicia, que tal personalidad separada no existe¹⁷⁹. El problema de la penetración a través de la personalidad, otorga una excepción a la doctrina del realismo de la personalidad jurídica, por considerarse que si es necesario superar a la persona, entonces existe un ser a través del cual hay que pasar.

¹⁷⁸ BOLDO RODA, Carmen, Ob. cit., pág. 301. Entre los autores más sobresalientes que sostienen estas ideas se encuentran De Castro y Bravo, Federico Y Capilla Roncero.

¹⁷⁹ BOLDO RODA, Carmen. Citando a Capilla Roncero, Federico. pág. 301. Estas críticas se fundamentan en las ideas de Savigny, que consideraba que el derecho podía fingir que el ente personificado era un sujeto distinto de sus componentes, el *Levantamiento del Velo*, implica que el juez puede fingir que la sociedad personificada no es en ciertas ocasiones un sujeto distinto de sus accionistas.

En el fondo se sigue fiel a la concepción de que la persona jurídica es un sujeto de derechos independiente y distinto de los miembros que la componen, y de ahí que se proclame la necesidad de otorgar carácter excepcional a los supuestos que es dable prescindir de la personalidad jurídica reuniendo, para justificar el que se presenta como un posible atentado contra la seguridad jurídica, a las nociones, un tanto vagas y difusas de fraude, abuso del derecho y buena fe. Desde este punto de vista Ascarelli al destacar que este planteamiento que, según el obedece a una concepción

Determinándose que al tomar a la persona jurídica, como una simple expresión que sirve para otorgar legalidad y tratar temas de responsabilidad a asuntos de la personas, desaparece la necesidad de superar la personalidad jurídica, y con ello su justificación.

- II. Se basa en la *generalización de la persona jurídica*, la llamada penetración generaliza y centraliza en un solo punto, un problema que no tiene esa unidad. Se debe analizar a la persona jurídica en particular, es decir centrarse en el análisis de los problemas de la persona en concreto; desde los diferentes puntos de vista que avalan el funcionamiento de las instituciones jurídicas y buscar las soluciones para la situación en particular¹⁸⁰.
- III. La crítica más grande que se hace, es la *imposibilidad de encontrar un criterio único* que posibilite establecer cuando levantar el velo y cuando no hacerlo, dejando en manos de cada juzgador la decisión acerca de cuando procede aplicar esta doctrina¹⁸¹; reanudándose con ello a las nociones de *equidad, abuso del derecho, fraude, y buena fe*,

antropomórfica de la persona jurídica, no puede explicar claramente el porque en algunos casos se mantenga y en otros se supere, el esquema de la personalidad jurídica.

¹⁸⁰ BOLDO RODA, Carmen, Ob. cit., pág. 302. 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 las instituciones jurídicas, es decir, a la correcta subsunción de acuerdo con el concepto y su fin, y buscar así las soluciones.

¹⁸¹ Es importante señalar que la facultad que se le otorga al juez de decidir cuando aplicar la doctrina y cuando no es producto de la fundamentación de la equidad en el derecho anglosajón, ya que es en este, donde la doctrina del *Levantamiento del Velo* se origina y se desarrolla en los tribunales de equidad, y en la actualidad es aplicada en el sistema del Common Law ; no obstante esta facultad no es del todo aplicable en todos los casos, ya que en el derecho continental, los jueces no cuentan con la competencia necesaria para aplicarla, debiendo ajustarse sus fallos a un sistema normativo predeterminado.

las cuales para los autores que sostienen estas posturas no dejan de ser vagas y difusas¹⁸².

Carmen Boldo Roda ¹⁸³ sostiene un punto de vista muy importante, el que sustenta diciendo que para llegar a una correcta interpretación legal, basada en conceptos sólidos, es necesario alejarse del recurso de la equidad y sus resultados, partiendo de una definición lógica de persona jurídica, de manera que los casos del Levantamiento del Velo como un “*expediente lingüístico*”, útil para englobar aquellos casos en los que la normativa no puede mantener una heterogeneidad subjetiva, refiriéndose con este termino, específicamente, a los socios de una sociedad.

La autora hace referencia a la existencia de “*un negación de heterogeneidad subjetiva como un método de interpretación*”, es decir una forma de interpretar las normas jurídicas y sus efectos cuando desaparece la fundamentación en la heterogeneidad subjetiva, lograda a través del *Levantamiento del Velo*.

Desde un punto de vista intermedio y bajo una *visión finalista de las normas* se encuentra el autor Jose Giron Tena¹⁸⁴, quien afirma: “*que no se niega que haya de penetrarse a través de la persona jurídica. Mas bien se dice que se ha de penetrar siempre o que no hay necesidad de penetrar si no se oscurece su carácter de figura estrictamente jurídica, como cualquier otra, la*

¹⁸² BOLDO RODA, Carmen, Ob. cit., pág. 303. Por considerarse muy amplias para las diversas conductas abusivas que se realizan dentro de las modernas figuras societarias en el mundo económico actual, sustentándose con esta crítica *la debilidad* del Levantamiento del Velo en su estructura, desarrollo y aplicación dentro de la naturaleza del derecho actual.

¹⁸³ BOLDO RODA, Carmen, Ob. cit., pág. 305.

¹⁸⁴ GIRON TENA, José, “*Derecho de Sociedades*”. 1ª Ed., Ed. Civitas, Madrid, España, 1976, pág. 167.

esfera de sus normas esta determinada por la finalidad para la que las ha pensado el legislado". La visión finalista de las normas jurídicas que sostiene este autor, hacen que la penetración a la persona jurídica no se niegue, por lo que se sostiene la necesidad de rasgar el velo bajo una interpretación exacta de la norma sin desvirtuar su fin y sin obviar la naturaleza que el legislador le ha creado.

Bajo el punto de vista finalista la solución se plasma en tres pasos:

1. se debe precisar las características dogmáticas y técnicas en cuanto a la definición de persona jurídica.
2. se debe lograr la correcta interpretación de las normas y evitar las generalizaciones.
3. fundamentar la aplicación con figuras y técnicas apropiadas y adecuadas, ya sea fraude de ley, simulación negocio indirecto, etc .

Con estos pasos se intenta evitar que la doctrina del Levantamiento del Velo se aplique como algo nuevo cuando en realidad sean aplicables técnicas ya conocidas como las mencionadas¹⁸⁵.

¹⁸⁵ GIRON TENA, considera que las aportaciones anglosajonas presuponen unas ideas y conceptos intrasladables a los derechos continentales, partiendo del principio del respeto de la personalidad jurídica porque la existencia de la figura en el ordenamiento jurídico es incompatible con la necesidad de su justificación en cada caso, lo que extendería la inseguridad jurídica. Luego, a efectos de la penetración a los socios, combinar las tesis "*objetivas*" (penetración si se trata de una aplicación de la personalidad que no se ajuste a la normativa jurídico positiva que rige su aplicación.) y "*subjetiva*" (que con ella se comenta un abuso con el fin de eludir obligaciones contractuales o daños a terceros.) este autor concluye asumiendo la posibilidad del *Levantamiento del Velo* en los casos de "*abuso*", criterio que con anterioridad había tachado de incorrecto.

3.5 EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

3.5.1 Origen:

Junto al desarrollo del Derecho sobre las personas jurídicas y la adopción de la política de la *responsabilidad limitada*, se creó una doctrina que tiene como objetivo evitar las injustas consecuencias que se producían cuando se aplicaba el principio de la *responsabilidad limitada*¹⁸⁶.

Los tribunales crearon una doctrina complementaria que servía como válvula de escape de la teoría de la personalidad jurídica para aquellos casos donde figuraban los socios individuales que controlaban la sociedad; a lo que se le llama *Disregard of Legal Entity Doctrine* y a la vez se le conocía con el nombre de *Piercing the Corporate Veil*¹⁸⁷.

La primera vez que se aplicó ésta doctrina fue en 1809, en el caso *Bank of the United States vs. Deveaux*¹⁸⁸. En sus inicios el Tribunal Supremo de Los Estados Unidos de América proclama: *una sociedad reunión de varias personas, es invisible, inmortal y su existencia solo descansa en el reconocimiento que le ha hecho la ley*; se refiere a que una entidad legal,

¹⁸⁶ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág.145. El desarrollo de las personas jurídicas hizo inevitable la elaboración por parte de los Tribunales, de una doctrina correctora cuyo objetivo es evitar las injustas consecuencias que produce la aplicación inflexible de la responsabilidad limitada.

¹⁸⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág.145. La denominación *Piercing the Corporate Veil* (Levantar o correr el velo), fue creada por *Wormser* en el año 1912 y al igual que el *Disregard of Legal Entity* se aplicaba para desconocer la personalidad jurídica de la sociedad.

¹⁸⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág.145. En este caso el Juez *Marshall*, con el fin de preservar la jurisdicción de los tribunales federales sobre las sociedades, se vio obligado a ver más allá de la entidad "*al carácter de las personas individuales que componían la sociedad*". Así el Tribunal proclamó que "*sustancial y esencialmente*" las partes del proceso donde intervinieran sociedades eran los socios y si estos ostentaban la ciudadanía de diversos Estados, los tribunales federales resultaban incompetentes para conocer en el caso.

intangible e invisible, no puede considerarse ciudadano del Estado, esto era contrario al artículo tres sección segunda de la Constitución Federal, que establecía una limitante a la jurisdicción de los Tribunales Federales cuando se trataba de controversias entre ciudadanos de diversos Estados¹⁸⁹.

Después del antecedente sentado por el *Bank of United States vs. Deveaux*, los casos sobre el *Disregard of the Legal Entity* fueron más comunes; los tribunales desestimaron la posibilidad de interponer la forma corporativa de la sociedad para eludir la ley o cometer fraude y para ello se respaldaron en los poderes tradicionales de la equidad. En el siglo XIX, la mayor parte de casos, trata sobre sociedades que eran controladas por un sólo socio (persona física)¹⁹⁰, para esta época no estaban involucrados los grupos de sociedades, debido a que en el contexto económico de ese entonces no poseían el capital necesario para comprar acciones en otras sociedades, excepto en el caso de las sociedades ferroviarias¹⁹¹.

La forma social se utilizó para evadir obligaciones personales que tenía el accionista dominante o para alcanzar un objetivo fraudulento o ilegal, para ello, los Tribunales invocaron los principios de equidad, y de esta manera se superó

¹⁸⁹ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 145.

¹⁹⁰ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 146. Estos primeros casos se referían a sociedades con ninguna o muy poca existencia en la realidad; sociedades sin capital, empleados e incluso actividad. A este tipo de sociedades se les denominó de “*papel*”, como un engaño o un mero instrumento. Mientras otros supuestos, se referían a situaciones de confusión de esferas, llevándose a cabo transferencias a la sociedad de activos pertenecientes al socio dominante con el fin de defraudar a los acreedores. Para estos casos los tribunales concedían la recuperación de las cantidades empleadas en el fraude de acreedores y destacaban el interés subyacente del accionista dominante. Además con la utilización de la forma social se trataba de evadir obligaciones personales por parte del accionista dominante o de lograr un objetivo fraudulento o ilegal; para estos casos los tribunales también invocaban los principios de la equidad para desconocer la personalidad jurídica de la sociedad.

¹⁹¹ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág.148. En el siglo XIX los grupos de sociedades prácticamente eran desconocidos, excepto en el ámbito de los ferrocarriles. Por lo tanto, este será el único campo donde tendrá lugar las controversias relativas al *Levantamiento del Velo* de la persona jurídica separada de las sociedades que forman un grupo procurando la comunicación de responsabilidad entre ellas. La jurisprudencia relativa a estos casos es muy diversa, allí se encuentran casos de responsabilidad contractual, extra contractual, fraude de ley, entre otros.

la forma social. Finalmente, los casos que se referían a sociedades dominantes que se dedicaban a actividades de la construcción, especialmente del ferrocarril, quienes utilizaron subsidiarias que carecían de capital y equipo, así, si el programa de construcción no se cumplía exitosamente, el intento de la sociedad dominante de eludir sus obligaciones se veía frustrado, ya que los Tribunales al considerar esa conducta como fraudulenta¹⁹² no vacilaban en *Levantar el Velo* y así imponerle la responsabilidad que le correspondía.

La *Doctrina del Disregard of the Legal Entity* en un principio se limitó a los casos de fraude o ilegalidad¹⁹³, que constituían los factores tradicionales que determinaban la intervención de los tribunales de equidad. Excepto por estos casos la aplicación de la *teoría de la personalidad jurídica* continuaba predominando, lo que permitió que los tribunales siguieran aplicando dicho principio rígidamente aún cuando se oponía a la creación de serios obstáculos para el cumplimiento de determinadas normas e incluso conducía a evadirlas a través de la creación de sociedades para llevar a cabo aquellas actividades que les estaban prohibidas¹⁹⁴.

La quiebra momentánea del principio de de la personalidad jurídica separada de la sociedad se produjo respecto a los grupos de sociedades¹⁹⁵.

¹⁹² Los Tribunales al observar la forma de operación de las sociedades dominantes que tenían con el propósito de evadir sus obligaciones no dudaban en aplicar el *Levantamiento del Velo* a éstas conductas de tipo fraudulento, con el objeto de hacerlas responsables por dichas conductas.

¹⁹³ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág 146. Los supuestos de fraude o ilegalidad fueron en un principio los únicos factores que posibilitaban la aplicación del *Levantamiento del Velo*, para los otros casos seguía operando la teoría de la personalidad jurídica.

¹⁹⁴ La aplicación tradicional de la teoría de la personalidad jurídica daba la pauta a los sujetos para la creación de sociedades que tenían como objetivo evadir las normas que no les permitían realizar determinadas conductas, situación que actualmente se conoce bajo el supuesto de fraude de ley.

¹⁹⁵ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., págs. 147 y 148. las primeras sentencias relativas a la doctrina del *Disregard* relativas a estos casos hacían alusión a casos de sociedades en las que figuraba un único socio, así para estos casos los tribunales señalaron que la personalidad jurídica quedaba suspendida mientras se mantuviera el estado de unipersonalidad, por lo tanto las subsidiarias cuyas acciones pertenecían en su totalidad a la sociedad dominante tenían

Después de estos casos los tribunales fueron creando el fundamento jurídico de la doctrina del *Disregard*. Los primeros supuestos de comunicación de responsabilidad entre sociedades miembros de un mismo grupo o entre sociedad y socio único dominante, los conceptos utilizados fueron los de *Agency* y *Partnership*, sin embargo este último cayó pronto en desuso y ha sido el concepto de *agency* el que ha predominado y llegado hasta la actualidad¹⁹⁶.

Para los Tribunales, el poder, el control de la sociedad dominante sobre la subsidiaria, equivalía al poder del principal para dirigir las actividades del agente, no obstante la doctrina ha señalado que el concepto de *agency* no describe en absoluto las relaciones entre sociedad dominante y subsidiaria; contrario a lo que se da en la relación *agency*, la sociedad subsidiaria actúa en su propio nombre y en su propia cuenta, las relaciones que nacen de la *agency* son de carácter contractual, contrarias a las que surgen entre distintas sociedades que pertenecen a un mismo grupo; pero al aceptar un concepto de *agency* tan amplio que incluya todo tipo de control implicaría que cada sociedad dominante sería responsable de las deudas de su subsidiaria.

Con el desarrollo de la doctrina del *Piercing the Veil Jurisprudente* y un gran número de decisiones judiciales se basaron en metáforas, la palabra *agency* ha sido utilizada como una metáfora más, junto con otras como *instrumentalito*, *alter ego*, *departament*, *condutit*, *puppet*, *cloak*, los cuales han servido para explicar la aplicación de la *Piercing the Veil Doctrine*¹⁹⁷.

la misma situación y la responsabilidad limitada entre los miembros de un mismo grupo que estuviese conformado de esta manera no producía efecto alguno, sin embargo esta postura fue pronto descartada.

¹⁹⁶ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 148. El concepto *Partnership* cayó en desuso a finales del siglo XIX, aunque después aparecen referencias a ésta figura en algunos casos aislados.

¹⁹⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág.149. Es a través de la aplicación judicial de éstas metáforas, que se explican los casos donde se resuelve con base a la doctrina del *Piercing Veil*.

Un importante antecedente de esta doctrina es el caso *United Status vs. Milwaukee Refrigerating Transit Co.*, en el cual se estableció que el *Levantamiento del Velo* se podía aplicar cuando la personalidad jurídica se utilizara para frustrar el interés público, justificar la injusticia, proteger el fraude o defender el crimen. Un nuevo concepto surgió en el año 1898, en el caso *Harris vs. Youngstown Brigge Co.*¹⁹⁸, el cual se utilizó para fundamentar casos de *Levantamiento del Velo*, este es el “*alter ego*”, este se utiliza como una metáfora que hace referencia a una intolerable relación de proximidad entre dos sociedades dominante y dominada. Cuando ocurre tal situación, la atribución de responsabilidad nace de la naturaleza de la relación interna entre las partes, no por el hecho de que no exista una personalidad jurídica separada, lo cual se asemeja al concepto de *agency*.

El *alter ego* se como fundamento para proclamar la responsabilidad de la sociedad dominante por actos realizados por su subsidiaria, las cuales en muy pocos casos carecen de existencia real, es decir eran sociedades fantasmas que carecían de capital y patrimonio. En el siglo XX se consolidó la postura respecto a este tema, inicialmente, los jueces debido a rasgos raros o excepcionales en la relación, la sociedad subsidiaria carecía de existencia legal separada, sin embargo con el desarrollo de esta doctrina se estableció por los Tribunales que niegan la personalidad jurídica separada de la subsidiaria con el propósito de extender la responsabilidad sobre la dominante, pero la afirman para conseguir otros resultados¹⁹⁹.

¹⁹⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 150. En este caso la atribución de responsabilidad nace de la naturaleza de la relación interna entre las partes, no por la inexistencia de una personalidad jurídica separada, acercándose al concepto de *agency*.

¹⁹⁹ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 150. De esta forma la Doctrina del *Alter Ego* se aparta cada vez más de su construcción primitiva relacionada con la responsabilidad.

Originalmente la doctrina exigió una demostración de fraude actual o de ilegalidad para poder invocar la aplicación, por vía de equidad del *Disregard of the Legal Entity*, desembocando en una construcción más amplia, donde basta una conducta errónea, contraria a la equidad o fundamentalmente injusta para la aplicación de dicho remedio de equidad aunque no se llegue a observar fraude actual o ilegalidad²⁰⁰.

3.5.2 Características

Se desconoce la personalidad jurídica de la sociedad, cuando se haya creado con el fin de realizar una actividad impropia o cuando se abuse de la forma social; en éstos casos los Tribunales *Levantaran el Velo* de la sociedad y juzgarán de conformidad con la sustancia y no con la forma²⁰¹, esto quiere decir que se procederá como si la sociedad no existiese.

En el Derecho norteamericano, se ha identificado que el problema principal, respecto al *Levantamiento del Velo*, consiste en establecer cuando debe respetarse la personalidad jurídica separada y cuando debe desconocerse. La doctrina propuso una regla pero aclara, que cuando el concepto de persona jurídica se emplea para defraudar a los acreedores, evadir responsabilidades existentes, burlar una ley, conseguir o perpetuar un monopolio y proteger el

²⁰⁰ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., págs. 150 y 151. Con el desarrollo del *Disregard*, se han dejado de lado los requisitos de fraude actual o ilegalidad para poder aplicarlo, ahora basta que se realice una conducta contraria a la equidad para que se aplique la esta doctrina.

²⁰¹ En este caso no se verá a la sociedad como un ente independiente, separado de los socios que la integran, sino que el Tribunal irá a su esencia, esto implica conocer su capital y sus socios a quienes se les atribuirá la responsabilidad.

crimen, los Tribunales *Levantarán el Velo* y tratarán a la sociedad como una agrupación de socios y harán justicia entre personas reales²⁰².

No existe una formula que permita establecer cuando un Tribunal *Levantará el Velo*, la decisión depende de las circunstancias especiales que presente cada caso y no descansará en un solo factor, sino que, se tomará en cuenta varios de ellos. Barder, D. H. ha recogido hasta diecinueve factores²⁰³ en lo que ha denominado *the two prong test*, lo cual ha sido muy bien definido en el caso Automotriz del Golfo de California vs. Resnick, como la manifestación del *alter ego*. Los requisitos que establecen el test son:

a) *Formalities requeriment*, se manifiesta a través de la confusión de intereses y patrimonios entre el socio o sociedad única o dominante y la

²⁰² BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 152. Respecto al problema de cuando debe respetarse la personalidad jurídica de la sociedad y cuando no, ha llevado a opiniones muy variadas, entre ellas se encuentra la de *Wormser*, retomada por la citada autora.

²⁰³ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 152. Barder D.H. ha recogido en lo que denomina "*the two prong test*" diecinueve factores necesarios para que el Tribunal *Levante el Velo*:

- 1- Confusión de patrimonios entre la sociedad y sus accionistas;
- 2- Distracción de fondos de la sociedad para fines no corporativos;
- 3- Falta de mantenimiento de las formalidades corporativas para la suscripción de acciones;
- 4- Un único socio;
- 5- Defectos en la llevanza de los libros de la sociedad;
- 6- Identidad entre los socios de las dos sociedades;
- 7- Identidad de directivos encargados de la supervisión y gestión de dos sociedades;
- 8- Infracapitalización inadecuada en relación a los riesgos de la actividad empresarial;
- 9- Ausencia de separación de activos entre las dos sociedades;
- 10- Uso de la sociedad como mera pantalla para llevar a cabo iniciativas particulares;
- 11- Todas las acciones en manos de un solo socio o de una sola familia;
- 12- Uso del mismo local comercial por la sociedad y su único socio;
- 13- Empleo de los mismos trabajadores y gerente por la sociedad y su único socio;
- 14- Encubrimiento de la identidad de la propiedad, gestión o intereses financieros de la sociedad y de las actividades mercantiles de los socios;
- 15- Falta de formalidades legales y del mantenimiento de la distancia deseable entre sociedades relacionadas;
- 16- Uso de la sociedad para procurar el trabajo, servicios o mercancías a otra persona o entidad;
- 17- Distracción de bienes y fondos de la sociedad por o para un socio en fraude de acreedores o manipulación de activos y pasivo entre sociedades para concentrar los activos en una y el pasivo en otra.;
- 18- Uso de la sociedad como un refugio para llevar a cabo transacciones ilegales, y
- 19- Constitución y uso de la corporación para asumir las obligaciones existentes pertenecientes a otra persona o entidad.

sociedad dominada; indica que no se ha respetado la personalidad jurídica separada;

- b) *Fairness requirement*, establece que si se contempla a la sociedad una entidad separada, se obtendría un resultado injusto; sin embargo los Tribunales han aplicado estos requisitos de manera muy irregular, en la actualidad se ha desestimado el primero de los requisitos, considerando suficiente el prevenir un requisito injusto.

Otras variantes del *Levantamiento del Velo* son:

- i. *Instrumentalito doctrine*; y,
- ii. *Identity doctrine*.

Sin embargo, estos conceptos se han calificado como demasiado generales, los Tribunales han establecido que, el *Levantamiento del Velo* se aplicará para cada caso concreto, en el cual se valorarán las circunstancias que presenta, lo cual, lleva a establecer su falta de utilidad²⁰⁴.

En los casos donde la sociedad subsidiaria o controlada era simplemente una pantalla, se utiliza la doctrina del *Levantamiento del Velo* sin tener que probar la conducta errónea o contraria a la equidad, así basta el primer requisito del test para *Levantar el Velo*, esto sucede en dos áreas:

1. Jurisdicción; y,
2. Responsabilidad extracontractual,

²⁰⁴ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 153. La aplicación del *Levantamiento del Velo* depende de las circunstancias apreciadas por los Tribunales para cada caso en particular; no se pueden establecer reglas, de lo contrario éstas deberían ser taxativas dejando de lado muchos supuestos donde se vulnera la justicia o siendo tan vagos y generales que no aclaren lo necesario.

La mayoría de Tribunales, han *Levantado el Velo* como consecuencia de lo que consideran un verdadero control; considerando suficiente que se produzca una situación injusta para producir el mismo efecto.

Las dos limitantes que con carácter general cuenta el *Levantamiento del Velo* son:

- a. Debe ser utilizada por los tribunales de forma restringida²⁰⁵, así la posibilidad de *Levantar el Velo* se debe hacer con precaución para no aplicarla a una sociedad correctamente constituida;
- b. La posibilidad de que se *Levante el Velo* en beneficio de los propios accionistas de la sociedad.

Las reglas relativas al *Levantamiento del Velo* que se han establecido jurisprudencialmente han sido en beneficio de aquellos que confiaron en la existencia de la entidad jurídica separada, en este sentido, estas reglas no pueden alegarse por los accionistas.

Cuando se adopta la forma societaria con el objeto de alcanzar los beneficios que esta les proporciona no pueden solicitar que se *Levante el Velo*, por lo tanto no habrá un desconocimiento de su existencia cuando esto le sea beneficioso; por lo que, los socios no pueden escoger cuando debe respetarse la forma social y cuando esta debe desconocerse.

²⁰⁵ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág.155. En la actualidad la aplicación del *Levantamiento del Velo* se extiende a otras áreas del Derecho entre éstas pueden mencionarse: Derecho laboral, Derecho de familia, Derecho penal, Derecho fiscal, entre otras.

3.5.3 Factores.

El Derecho Norteamericano ha hecho una enunciación de casos o factores en los que los Tribunales adoptan el *Levantamiento del Velo*; éstos factores son los siguientes²⁰⁶:

3.5.3.1 Falta de formalidades:

Los Tribunales establecen que una de las causas para el *Levantamiento del Velo* es la falta de cumplimiento de las formalidades corporativas, en el contexto de la aplicación de la doctrina del *alter ego* que constituye el primer factor. En el Derecho norteamericano, el concepto de formalidades sociales o corporativas es bastante amplio, incluye la conservación de registros sociales separados, emisión de acciones y evitar la confusión de patrimonios; éstas formalidades deben de respetarse para que la sociedad sea considerada como entidad independiente.

El incumplimiento de formalidades evita que los socios, al llevar la unidad de intereses demasiado lejos, perjudiquen los intereses de otras partes que están involucradas; para justificar el incumplimiento de formalidades como base para la aplicación del *Levantamiento del Velo*, el Tribunal debe valorar que la inobservancia de una formalidad perjudica los intereses del demandante en un dado caso²⁰⁷.

²⁰⁶ BOLDO RODA, Carmen. Ob.cit., pág. 157. Ésta enunciación más o menos taxativa se debe a que la mayoría de éstos casos ocurren frecuentemente.

²⁰⁷ Esto ocurre cuando existe confusión de patrimonios que puedan perjudicar la falta de recursos de la sociedad para satisfacer la reclamación del demandado; esto se dio en el caso *Holland vs. Joy Candy Mfg. Corp.* En el año 1957.

Cierto sector doctrinal²⁰⁸ ha argumentado que, si el socio desconoce la existencia de la sociedad como entidad separada, nada impide que el tribunal haga lo mismo²⁰⁹; pero, también se critica lo contrario, es decir, el encontrarse ante el incumplimiento de las formalidades en las *closely held corporations* sin que se establezca ningún signo de fraude o injusticia. Finalmente, la importancia que se le puede dar a este factor depende de la existencia de la sociedad como ente separado²¹⁰.

3.5.3.2 La infracapitalización o la equitable subordination:

El *Levantamiento del Velo* es una aplicación de principios y procedimientos de equidad, conserva las técnicas de ésta, así como su lenguaje vago e impreciso y su ámbito de aplicación. Esto se manifiesta en los tribunales de quiebra, donde los jueces tienen la facultad de reordenar los privilegios establecidos por el *Bankruptcy Code*²¹¹ en cuanto sea necesario para lograr la equidad.

La posibilidad de postergar o subordinar unos créditos a otros se encuentra firmemente sostenida por los fallos del Tribunal Supremo norteamericano²¹², en

²⁰⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 159. Para autores como Barber, esto resulta preocupante tomando en cuenta que en caso de cumplir todas las formalidades societarias, el Tribunal aplique de manera mecánica el *Levantamiento del Velo* al apreciar que existen rasgos de injusticia.

²⁰⁹ Esto sugiere el test actual, en el que establece la injusticia de la situación, dejando de lado el elemento de las formalidades.

²¹⁰ Esto es considerado una trampa para aquellos socios imprudentes de las *closely held corporations*, en donde las formalidades pueden ser despreciadas, corriendo el peligro de incurrir en responsabilidad personal.

²¹¹ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 160. Ésta situación se encuentra regulada en el art. 1481 del *Bankruptcy Code* de 1978 que establece que el Tribunal de concursos tiene todas las facultades de un Tribunal de equidad.

²¹² BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 160. Esta posibilidad se encuentra recogida en la sección 510 del *Bankruptcy Code* del 14 de noviembre de 1978.

donde se reconoce expresamente la doctrina de la *equitable subordination*, cuando hay:

- i. Dualidad de sanciones (equitable subordinación y equidad)²¹³.
- ii. Responsabilidad contractual y extracontractual²¹⁴.

La responsabilidad extracontractual esta ligada a la Infracapitalización de la sociedad²¹⁵; en este caso las víctimas que sufren las consecuencias de un acto negligente causado por la sociedad, no eligió relacionarse con ella, por eso los Tribunales son más flexibles para aplicar el *Levantamiento del Velo* y buscan apreciar el hecho de que la sociedad se encuentre infracapitalizada, así los demás factores son innecesarios²¹⁶; sin embargo, cuando la sociedad posee fondos suficientes para responder no puede responsabilizarse a los socios, incluso cuando se encuentran indebidamente en otras manos.

En la responsabilidad contractual los Tribunales consideran que, los acreedores contractuales tienen la facultad de escoger con quién van a realizar

²¹³ La subordinación no es la única alternativa que los jueces adoptan, ya que también pueden rechazar el crédito de un socio de forma radical. Mediante la aplicación de la doctrina del *alter ego*, el crédito de un accionista puede ser desestimado en la quiebra de la sociedad a la cual pertenece si se llega a establecer que el accionista y la sociedad son la misma persona, por lo que en ese caso no se puede considerar al acreedor que solicita la verificación como un tercero, puesto que es el mismo deudor.

²¹⁴ Distinguir entre reclamaciones por responsabilidad contractual y extracontractual es uno de los problemas más relevantes a los que se debe enfrentar la doctrina del *Levantamiento del Velo*; sin embargo a ambos tipos de reclamaciones se aplican los mismos factores, aún cuando existen diferencias en las formas en que surgen o en la política que justifica las decisiones judiciales.

²¹⁵ La extensión de responsabilidad contractual como consecuencia de la aplicación de la doctrina del *Disregard* se ha dado en varios casos de mucha relevancia, por ejemplo en el caso *Walkovsy vs. Carlton*; *Minton vs. Cavaney*; y *State Department of environment protection vs. Venton*. En estos casos la situación radica en si se puede permitir que la sociedad o sus accionistas esquiven el riesgo y la consecuente responsabilidad de determinados actos negligentes valiéndose de la forma societaria con capital insuficiente y sin suscribir los seguros necesarios para hacer frente a los riesgos previsibles.

²¹⁶ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 168. Factores como la falta de formalidades, el fraude o el control abusivo no incrementan el riesgo de sufrir daños por parte de los perjudicados, y en consecuencia no tendrán nada que ver con la negligencia del acto.

sus transacciones comerciales²¹⁷. Al aplicar el *Disregard*, el riesgo de la responsabilidad personal se modifica más allá de lo que las partes en su relación comercial han conocido, por ello el factor de la Infracapitalización no constituye una base para *Levantar el Velo* en los casos de responsabilidad contractual²¹⁸.

3.5.3.3 Grupos de sociedades

El problema de la aplicación del *Levantamiento del Velo* a este tipo de causas surge en el siglo XX²¹⁹. En ésta época la teoría comúnmente usada para extender la responsabilidad por actos de la subsidiaria a la sociedad dominante fue la del *alter ego* que requería la prueba del fraude actual o ilegalidad para que pudiese intervenir la equidad y así *Levantar el Velo* de la sociedad; esto ha cambiado debido a la ampliación de su ámbito de aplicación, ahora es suficiente una conducta equivocada contraria a la equidad, es decir, moralmente culpable o fundamentalmente injusta.

El criterio general reconoce la personalidad independiente de la sociedad subsidiaria respecto a la sociedad dominante en ciertos casos²²⁰; sin embargo,

²¹⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 168. Los acreedores pueden solicitar documentos contables para poder elevar la situación financiera de la sociedad; así cuando la sociedad esta infracapitalizada, el acreedor puede exigir como condición previa a la conclusión del negocio, que él o los socios dominantes garanticen personalmente la operación, por ejemplo, el caso de los bancos que para dar un financiamiento a la pequeña empresa exigen normalmente garantías personales por parte de los socios.

²¹⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 169. A pesar de lo mencionado, existen casos en los que los acreedores no pueden protegerse a sí mismos, aunque se trate de una relación contractual; no obstante cuando se producen situaciones como ésta, algunos autores consideran que no es necesario *Levantar el Velo*, sino que es necesario alegar la teoría de la Misrepresentation.

²¹⁹ En el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, la jurisprudencia relativa a estos casos se desarrollo separadamente, así las interrelaciones de las sociedades componentes de un grupo surgidas en relación a diversos temas, tales como: el Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual, cumplimiento de normas y cuestiones procesales.

²²⁰ Los casos en que se reconoce la personalidad independiente a la sociedad subsidiaria, de la sociedad dominante son:

los Tribunales excepcionalmente pueden *Levantar el Velo* responsabilizando a la sociedad dominante por actos de la subsidiaria, aplicando los mismos conceptos que se utilizan para responsabilizar al socio único o dominante en las *closely held corporations*²²¹. Al aplicar la teoría del *alter ego*, el Tribunal debe valorar si existen o no las dos circunstancias (incumplimiento de formalidades e injusticia) que decidirán el *Levantamiento del Velo*.

Las relaciones entre empresas subsidiarias y dominantes surgen de adquisiciones cuidadosamente planeadas o de la creación de una entidad con el fin de aislar a su sociedad dominante de la responsabilidad, como consecuencia, el control ejercido por la sociedad dominante sobre su subsidiaria adquiere mayor relevancia en los Tribunales para decidir si se procede o no a *Levantar el Velo*. En los grupos de sociedades, para aplicar el *alter ego*, cuando existe incumplimiento de formalidades, se requiere del grado abusivo de control que la sociedad dominante ha ejercido.

En cuanto al requisito de la injusticia, se podrá *Levantar el Velo* cuando la sociedad subsidiaria constituya un instrumento de la sociedad dominante. Además, existen otras dos teorías que se aplican en los casos en que se debe responsabilizar a la sociedad dominante por los actos de la subsidiaria, estas son:

-
- a) No hay confusión entre sus transacciones comerciales y contabilidad.
 - b) Se cumplen correctamente las formalidades relativas a la sociedad subsidiaria.
 - c) Cada sociedad esta adecuadamente financiada como entidad separada en contemplación a las obligaciones que pueden surgir teniendo en cuenta la actividad comercial y el tamaño y características de la sociedad.
 - d) Cuando las sociedades se presentan públicamente como entidades separadas.

²²¹ En las *closely held corporation*, el requisito del incumplimiento de las formalidades se manifiesta de varias maneras tales como la teoría del *alter ego* o de la *instrumentalito* o de la *agency*; lo sustancial de ésta parte del test es el grado de control que la sociedad dominante ejerce sobre la subsidiaria y el grado de cumplimiento de las formalidades en ésta última. Sin embargo, el problema consiste en establecer las circunstancias del control ejercido sobre la subsidiaria, que la han llegado a convertir en un mero instrumento.

Teoría del *estoppel*: se usa como fundamento de sentencias, donde las circunstancias del caso hacen referencia a un concepto técnico del *estoppel* análogo al del *Common Law*²²²; el *estoppel* es otro término que describe la situación en la que, la sociedad dominante tiene controlada a la subsidiaria, convirtiéndola en instrumento, estando imposibilitada para alegar la separación entre ambas; además, los hechos determinantes del *estoppel* deben cumplir el *two prong test* necesario para *Levantar el Velo*, es decir, se debe probar el control que ejerce la sociedad dominante sobre la subsidiaria y la injusticia.

i. *Teoría de la agency*: muchos supuestos utilizan el término agente como equivalente a instrumento en el *piercing test*, sin embargo, los Tribunales establecen que, existen dos tipos distintos de casos²²³:

- a. Los de *agency*, y,
- b. Los de *Levantamiento del Velo*.

La responsabilidad descansa sobre la interrelación entre las actividades de la subsidiaria y el uso abusivo de ese control o en una conducta contraria a la equidad. Por otra parte, la responsabilidad no surge del hecho de la inversión, es decir, del porcentaje que se tenga en la propiedad de las acciones de la subsidiaria, ya que, en ciertos casos, podría resultar irrelevante; por ello los

²²² BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 174. por ejemplo cuando la sociedad dominante se presenta frente al tercero que realiza negocios con la sociedad subsidiaria como si garantizase las obligaciones de ésta última y el tercero confía en ésta situación en su perjuicio.

²²³ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág.175. La relación de la *agency* se puede establecer expresamente , pero la dificultad para que encaje con la teoría del *Levantamiento del Velo* surge cuando la relación de la *agency* esta implícita en la conducta de la sociedad dominante sobre su subsidiaria, ya que, los hechos para establecer el control son los mismos que implican una relación de *agency*, de manera que la sociedad dominante puede ser declarada responsable bajo las reglas de la *agency*, mientras que no podría obtenerse una declaración en el mismo sentido si se aplicara el *piercing test*. Esto sucede en muchos casos, como cuando el capital de la subsidiaria se encuentra en manos de la sociedad dominante y ambas tienen los mismos ejecutivos y administradores, entonces se considera a la sociedad subsidiaria agente de la sociedad dominante.

Tribunales al imponer la responsabilidad a la sociedad dominante de una subsidiaria *partly owned closely held corporation* han extendido el cien por ciento de dicha responsabilidad sobre el socio dominante sin importar su participación; pero, cuando se trata del socio dominante de una *partnership*, el análisis de su responsabilidad por los contratos celebrados por su subsidiaria se puede efectuar por analogía con los grupos de sociedades o dependiendo de las circunstancias; así, la responsabilidad de la subsidiaria se extenderá a la dominante sin importar que la jurisprudencia contemple tal situación²²⁴.

3.5.3.4 Sociedades unipersonales (Closely held corporation):

En los Estados Unidos²²⁵, por regla general no se acepta la unipersonalidad originaria, sin embargo, probar que el capital social se halla en manos de una sola persona, no es factor suficiente para negar la responsabilidad limitada al socio único²²⁶, incluso cuando se demuestra que ha utilizado meros testaferros para cumplir con la ley, lo cual es válido en el Derecho concursal en donde el socio único puede hacer valer su crédito contra la sociedad declarada en quiebra²²⁷.

²²⁴ Tal situación implica que la *partnership* puede ser declarada responsable del cumplimiento de los contratos celebrados por su subsidiaria en algunos casos, porque se le considera una persona jurídica integrante de un grupo de sociedades y por tanto, es responsable de acuerdo a la doctrina del *Levantamiento del Velo* en sede de Derecho de sociedades y en otros casos porque se asemeja a un grupo de individuos.

²²⁵ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 179. En la mayoría de Estados es necesaria la pluralidad de socios (tres socio como mínimo legal) para la constitución de una corporación, excepto en el caso de las leyes de Iowa (Código de 1935, art. 8340) y de Michigan (sección 21, art. 3, ley de 1935), en donde se admite la corporación de un solo socio.

²²⁶ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 179. Al igual que la mayoría de ordenamientos, no admiten la unipersonalidad originaria, pero esto puede ser burlado mediante la intervención de testaferros o personas interpuestas en el momento de la constitución de la sociedad, produciéndose una unipersonalidad sobrevenida.

²²⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág.180. Excepto en el Estado de Louisiana, en donde para resolver el caso Lindshorn vs. Saber, resolvió que la concentración de acciones en una sola persona puede dar lugar automáticamente a que se le considere ilimitadamente responsable de las deudas de la sociedad.

Ésta regla será alterada cuando:

a) El accionista único utilice los fondos sociales para fines propios de forma ilícita, desviándolos de la consecución de la finalidad social a la que debe destinarse.

b) Se produzca una confusión de patrimonios que no permita distinguir donde inician los Derechos y obligaciones del socio, y donde inician y donde terminan los Derechos y obligaciones de la sociedad.

En esos casos, el Tribunal podrá *Levantar el Velo* de la sociedad y extender la responsabilidad por las deudas de ésta a su socio único, así la responsabilidad limitada podrá sostenerse cuando los que negocien con el socio único puedan distinguir cuando actúa en nombre propio y cuando en representación de la sociedad y mantener una clara distinción entre actividad y patrimonio social, y actividad y patrimonio individual.

3.6 EI LEVANTAMIENTO DEL VELO EN ESPAÑA.

3.6.1 Orígenes.

3.6.1.1 La Doctrina de Terceros.

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 terceros²²⁸.

La doctrina española²²⁹ observó en ese primer momento que los criterios normativos que en el derecho alemán quedaban resumidos con la expresión de “*Missachtung der Rechform der justische Person*” y que en el Derecho anglosajón se recogían con la expresión “*Disregarding the corporate entity*” u otras semejantes, no coincidían exactamente con el complejo de criterios normativos que en el Derecho español quedaban resumidos con la llamada “*Doctrina de terceros*” más a pesar de ello se pone de manifiesto que en ciertos casos, dicha doctrina venía a resolver casos que en los otros ordenamientos quedaban resueltos por medio de la Doctrina del *Disregard*. Por lo tanto se encontraban ante un caso de figuras no del todo equiparables, incluso se puede decir que distintas, pero que coinciden en las soluciones alcanzadas.

Ante toda una gama de posibles posturas en que puede encontrarse el “*tercero*” y las diferencias evidentes con las formas de resolver los abusos de la personalidad, el Tribunal Supremo se cuestionó en esos primeros casos que frente a él se plantearon si la sociedad concebida como persona jurídica puede ser considerada tercero, respecto de actos, derechos o situaciones en que tal calificativo debiera, en principio, aplicarse a sus socios.

²²⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 207.

²²⁹ PUIG BRUTAU. J. Comentario del traductor a la obra de Serick Ob. cit., pág. 341. En términos generales tercero es quien no ha asumido el papel de parte en un determinado acto o contrato. La posición de Tercero, respecto de los efectos del acto o contrato, en que no ha intervenido puede ser muy diversa. Si se trata de contratos destinados a producir efectos meramente obligacionales, la regla general es que el contrato no pueda afectar a quien no ha intervenido en el. Por el contrario si el acto o contrato se propone crear un derecho real, el acto nace justamente para que pueda ser opuesto a terceros (precisamente a aquellos que adquieran la propiedad u otro derecho real sobre el bien en cuestión) salvo que el tercero pueda acogerse a una institución dotada de publicidad y creada específicamente para proteger la seguridad del tráfico jurídico. Las consideraciones anteriores apuntan a que no era conciliable la Doctrina de los Terceros con el *Levantamiento del Velo*, debido a que sus fundamentaciones eran diferentes, aun cuando el posible resultado podría ser el mismo.

La Doctrina de terceros contemplaba la relativa sustantividad del grupo frente a sus miembros, la que lleva implícita la posibilidad de que los socios traten con la sociedad como si fueran extraños nada impide, pues, que un socio compre o (adquiera bienes por otro título) a la sociedad y en tanto ésta se mantenga como grupo vivo y actuante, el socio será considerado como otro contratante cualquiera²³⁰.

Es en estos casos quedará por ejemplo expuesto a la actuación, y tendrá efectivamente la condición de “tercero”, la relación contractual se entablará normalmente y si el contrato es traslativo podría hablarse de una verdadera transferencia de la sociedad al socio. Sin embargo como quiera que la independencia del grupo respecto de sus miembros no es absoluta no siempre el socio puede ser tratado como tercero extraño a la sociedad.²³¹

Una de las primeras sentencias en las que aparece reflejado este punto es la de 7 de junio de 1927. El Tribunal Supremo negó la condición de tercero a una pretendida sociedad familiar, constituida para incumplir una obligación de pago derivada de un laudo. La sociedad se había constituido días después de haber sido desestimado el recurso de casación entablado contra el laudo²³².

²³⁰ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 209. Esta consideración era cuestionada en los casos de la sociedad unipersonal, debido a que fue hasta 1995 cuando la legislación española reconoció la unipersonalidad originaria, antes de esta aceptación existían los inconvenientes con los testaferros, que le brindaban la posibilidad de gozar del requisito de pluralidad y la posibilidad de la contratación con su único socio; pero en muchas ocasiones el socio único aprovechaba esta situación para exigir el cumplimiento de sus obligaciones amparándose en la calidad de tercero extraño a la sociedad.

²³¹ BOLDO RODA. Ob. cit., pág. 209.

²³² Esta sentencia establece en sus considerandos jurídicos: “que no puede intentarse la formación de una sociedad para crear una figura de tercero y ampararse en las inmunidades de la ley, quien no puede alegar ignorancia acerca de los motivos y fundamentos del acto que pretende desconocer. Que los acreedores particulares de cada uno de los socios tienen derecho de 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 aquel y embargados por un acreedor en el concepto de tercero”. En esta sentencia se dejaba claro que tenía que desconocerse la independencia de la sociedad y tenían que descubrirse sus

Esta doctrina fue mantenida por la Sentencia de 8 de octubre de 1929 en un caso de una tercería ejercitada por una sociedad a la que el Tribunal Supremo le niega la condición de tercer por existir un contrato simulado, y se contrario a la buena fe²³³.

Al comentar esta sentencia PUIG BRUTAU observa que en ella se afirma:

- 1) **Que la sociedad tercerista no existe porque es un contrato simulado el de su constitución.** Si la sociedad no existe, es claro que no habrá terceros pero si no hay terceros innecesario es hablar de si son de buena o mala fe. Pero si en definitiva en Tribunal reacciona ante la tentativa de que las personas cuyos bienes están embargados intenten reivindicarlos como si fueran otra persona, de una sociedad la solución debiera fundarse, o bien en la consideración de que ha sido un fraude de ley la constitución de la sociedad o bien en lo que es el hecho de ampararse en la forma de sociedad, aunque sea eficaz para otros efectos si se presente que los socios que exclusivamente la constitución dejen burlada cierta responsabilidad.

intenciones debido a que ésta se había constituido en fraude, por que los verdaderos motivos eran dejar sin efecto un sentencia previa que los condenaba a cumplir con sus obligaciones contraídas anteriormente.

²³³ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 210. En esta sentencia el Tribunal Supremo manifiesta que: “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”. Este fragmento del fallo contiene uno de los puntos mas importantes en los que se basa la sentencia del 28 de mayo de 1984, en la cual se hace referencia y uso de la Doctrina del *Levantamiento del Velo*, como es la buena fe con la cual se deben de celebrar todos los contratos, y se develan los verdaderos intereses con los cuales se constituyen las sociedades, así como los que se ocultan tras su accionar; convirtiéndose esta sentencia en uno de los primeros precedentes y posibles germen del nacimiento y maduración del *Levantamiento del Velo*.

2) **Que por ello la sociedad no es un tercero.** En este segundo supuesto se trataría de una clara aplicación de la doctrina de Disregard, y su conexión con la doctrina de terceros, lo que deja de manifiesto la afinidad entre criterios de política jurídica que cada sistema ha desarrollado con su propio estilo en relación con situaciones de hecho coincidentes. Subraya el autor que ambas doctrinas sirven para frustrar una maniobra que el Derecho no puede admitir y esta coincidencia doctrinal refuerza la convicción de que la solución no es acercada.

3) **Que no existe la buena fe.** Debido a que la sociedad se constituyó con la intención de no cumplir con el laudo que se emitió, defraudando de esta forma la buena fe, la cual debe de motivar la constitución de una sociedad.

La doctrina de terceros se repite en otro caso, el resuelto por la sentencia de 26 de Enero de 1952 referente a un tema que ha dado el mayor número de sentencias relativas al *Levantamiento del Velo* es el tema de los arrendamientos urbanos²³⁴.

²³⁴ Con respecto a esta sentencia el Tribunal Supremo determina que: “ es claramente desestimable, porque aun cuando no haya sido demandada la sociedad integrada exclusivamente por los demandados, como de una parte la acción se ejercitaba por el inquilino contra los arrendadores del local como tales y de otra la sociedad se haya exclusivamente integrada por los dos hermanos, propietarios, proindiviso de la finca aportada por ellos a la sociedad, no cabe eludir la responsabilidad contraída por virtud de la sentencia primitiva que condenó a éstos a reponer al demandante en los locales resultantes de las obras sobre la base de que ésta no afecta a la sociedad, ya que, formada ésta exclusivamente por ambos propietarios, ningún mayor perjuicio se sigue a la entidad por ellos integrada por el cumplimiento del fallo dictado contra ella, y que de lo contrario bastaría con formar a los propietarios afectados por el fallo una sociedad entre ambos a espaldas del inquilino para evitar el obligado cumplimiento de la reserva de locales decretada en la sentencia, lo que ni moral ni jurídicamente puede admitirse”. En relación con esta sentencia ha destacado la doctrina que el Tribunal Supremo se encuentra con la misma realidad que justifica el *disregard* levanta o atraviesa *el velo* de la personalidad jurídica. De este modo la sala aplica, sin decirlo, la doctrina del *Levantamiento del Velo* al revelar la identidad de intereses entre los dos únicos socios de la sociedad colectiva y esta última. Los autores que han comentado esta sentencia, coinciden también en señalar que en la última parte del considerado el tribunal supremo expresa lo necesario para que se advierta que debe cerrarse enérgicamente el camino a todo fraude de ley, figura esta que por otra parte está presente casi siempre en los supuestos de hecho en que procede aplicar la doctrina del *Levantamiento del Velo*.

Como se ve en los casos de aplicación de la llamada doctrina de terceros se alcanzan los mismos resultados que aquellos a los que se llegaría si se aplicase la doctrina del *disregard*. Faltaba sin embargo tanto una referencia expresa del Tribunal Supremo a dicha doctrina como una forma definitiva de la misma. En esta etapa inicial el Tribunal Supremo ya valora la buena fe y la existencia de fraude, que son dos elementos presentes en la doctrina del Levantamiento del Velo.

3.6.2 Formulación de la Doctrina del *Levantamiento del Velo* en la Jurisprudencia Española. Sentencia del 28 de mayo de 1984.

La primera sentencia en la que el Tribunal Supremo español aplicó en forma expresa la Doctrina del *Levantamiento del Velo* y empezó a perfilar un cuerpo coherente de doctrina jurisprudencial que se emplearía en lo sucesivo en casos similares, es la sentencia del 28 de mayo de 1984 de la Sala Primera²³⁵.

²³⁵ DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo. Ob. cit., pág. 81-82. La sentencia trata en el fondo de un caso de responsabilidad civil, donde la Sala estimó que no es fácil suponer que la constitución de una persona jurídica, como instrumento de actuación de intereses de quien la establece, responda al interés de eludir responsabilidades o desviar imputaciones. En este caso, la persona jurídica no parece responder a una finalidad de sustraerse a la aplicación del derecho de daños; no obstante ello, la Sala encontró en el caso una identidad de intereses que le llevó a desentrañar la realidad subyacente bajo la forma de una sociedad anónima, y a partir de ahí, extender las consecuencias de su responsabilidad al Ayuntamiento que la había constituido, a con otros objetivos distintos de los que aquí se hizo valer por la propia sociedad. Así el asunto debatido en dicha sentencia fue el siguiente: "La demandante, una sociedad anónima denominada UTO IBERICA S.A., previa reclamación administrativa, entabló demanda de mayor cuantía contra la Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado S.A. (EMAYASA) Y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca sobre indemnización de los daños ocasionados en sus instalaciones por inundaciones y humedades resultantes de averías producidas por la red municipal de abastecimiento de agua de aquella localidad (por el importe de 875,726 pesetas por daños y perjuicios sufridos durante el mes de junio de 1977 en los apartamentos de su propiedad). Previamente la demandante había interpuesto reclamación contra el Ayuntamiento en fecha 17 de abril de 1978, así como intentado acto de conciliación contra ambos demandados en fecha 23 de febrero de 1979. Se opusieron judicialmente los demandados aduciendo su falta de legitimación pasiva, y después de que se acumularan los otros autos seguidos a instancia de la misma demandante contra una tercera compañía, (denominada ESA), el juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda. La sociedad actora interpuso recurso de apelación que fue desestimado en parte por la Audiencia, la cual reconoció y admitió que EMAYASA poseía personalidad jurídica propia e independiente del Ayuntamiento condenándola al pago de la indemnización solicitada, absolviendo a los demás demandados. Para adoptar esta decisión, dicha Audiencia se apoyó no sólo en una interpretación restrictiva de instituto de la prescripción, sino en una asimilación de la reclamación previa administrativa a la interpelación extrajudicial como modo de interrupción de la prescripción, habida cuenta que dicha reclamación previa se dirigió contra el Ayuntamiento, no era sino órgano de la sociedad anónima demandada y el Alcalde era Presidente de su Consejo de Administración, por tanto representante de aquélla. Habiendo sido el Alcalde "pleno recipiendario de la reclamación", la Audiencia reconoció a tal

La importancia de esa sentencia se manifiesta en dos aspectos:

- a) En primer lugar en ella se formulan los postulados básicos que conducen a la técnica del levantamiento de velo. A este respecto basta observar las expresivas afirmaciones sobre la “*posibilidad de investigar el fondo real*” sin “*Detenerse ante la forma jurídica de la persona*” y contemplando a los “individuos reales que la constituyen y a su posición” palabras todas ellas que sintetizan la toma de postura del disregard of the legal entity de la jurisprudencia anglosajona.

- b) En segundo lugar se subraya la singularidad de este caso, en el que el Tribunal Supremo, lleva a cabo la “*Penetración*” en la “*Interioridad*” de la persona jurídica (en suma un *Levantamiento del Velo*) pero no para concluir la existencia de intereses idénticos entre la sociedad anónima y su socio único, sino justamente para lo contrario, esto es , frente a lo que la recurrente sostenía. Lo que atribuye a esta sentencia un carácter especialmente significativo por cuanto el *Levantamiento del Velo* conduce a conclusión opuesta a la que suele ser el objetivo normal del juzgador cuando lleva a cabo esta practica²³⁶.

reclamación la eficacia interruptiva que se postulaba por la demandante, al darse en el receptor la doble condición de Alcalde y de Presidente del Consejo de la sociedad anónima, la cual además era una sociedad unipersonal cuyo único socio era el Ayuntamiento. Y todo ello, so pena de “quebrantar principios de buena fe y confianza que inspiran todo el tráfico jurídico privado”, aquel en la modalidad de gestión de un servicio público, equivalente a la gestión directa. EMAYASA formulo recurso de casación, invocando la violación del art. 1973 del Código Civil Español, por entender que, poseyendo personalidad jurídica propia e independiente de la del Ayuntamiento, la reclamación administrativa previa realizada a éste, no podría ser alegada como interruptora del plazo de prescripción de un año por lo que se debió haber admitido la excepción propuesta, puesto que ella, desconocedora de la interpelación dirigida al Ayuntamiento en 1978, no podía verse afectada por la posterior y tardía hecha en 1979 en cuanto persona jurídica distinta y ajena, no interpelada en tiempo. El Tribunal Supremo español desestimó la casación, siendo ponente don Carlos de la Vega Benayas”.

²³⁶ DE ANGEL YAGUEZ R. Ob. cit., pág. 62. La sentencia del Tribunal Supremo pone de manifiesto que inicialmente se dirigió la reclamación administrativa contra el Ayuntamiento y posteriormente para solventar el problema de legitimación pasiva, la demanda se planteó contra el mismo y EMAYASA. Esto refleja que aun que comúnmente se optan por salidas como la aplicación del principio de la buena fe como regla para el ejercicio de todo derecho subjetivo, en ocasiones es necesario la implementación de otras técnicas que permitan descubrir los verdaderos interés y personas que se ocultan tras el manto corporativo de la sociedad.

El *Levantamiento del Velo* considerado como un desconocimiento de la persona jurídica para imputar los efectos de un acto directamente sobre los socios que la componen se fundamenta en distintas instituciones, cada una de ellas con su propia identidad y capaces de producir a su vez distintos efectos según el caso que se trate.

Las principales instituciones sobre las que el Tribunal Supremo fundamentó la aplicación de la Doctrina del *Levantamiento del Velo*, en su caso precursor (EMAYASA), y las cuales aun se continúan retomando son:

1) Conflicto entre seguridad jurídica y justicia.

La justicia y la seguridad jurídica fue uno de los puntos mas delicados que se presentaron en la introducción del *Levantamiento del Velo* en la jurisprudencia española, debido a que muchos juristas han manifestado su preocupación sobre la quiebra del principio de seguridad jurídica que supone la aplicación del *Levantamiento del Velo*; de esta forma se libró un enfrentamiento y ponderación entre la seguridad jurídica y la justicia.

Por un lado el termino justicia presenta una gran ambigüedad, la pérdida del sentido mítico de sus orígenes e incluso el hecho de que jurisprudencialmente se lleguen a identificar algunos casos, los valores justicia e igualdad, han conducido a un sector de la doctrina a considerar que no estamos ante un valor superior, sino ante el instrumento de los jueces para incorporar a sus resoluciones criterios de moralidad. Es evidente que la libertad y sobre todo la igualdad forman parte del contenido y del fin de la justicia. Sin embargo, es verdad que la justicia como valor social por excelencia es un criterio de valoración destinado a conformar el comportamiento social, por lo tanto la justicia tiene un

sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo valor en sí, si junto con los demás valores sociales y jurídicos. Además el valor absoluto de la justicia “*Dar a cada uno lo suyo*” se encuentra indestructiblemente vinculado a la dignidad de la persona²³⁷.

Por otro lado, se ha definido la seguridad jurídica como “*El principio del Estado de Derecho de que cada uno conozca con certeza sus derechos y obligaciones y pueda prever las consecuencias de sus actos*”²³⁸, conllevando esto una confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respecto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes.

El principio de seguridad jurídica no puede erigirse en un valor absoluto por cuanto en tal caso, daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente. Siendo así que éste al regular relaciones de convivencia humana.

Debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La seguridad jurídica encuentra sus límites en otros valores o principios predicables de todo Derecho, entre los valores con que puede colisionar está es el de justicia. Parece sin embargo, que las instituciones jurídicas deben cumplir la difícil misión de salvaguardar ambos principios a base de limitarlos a los dos.

²³⁷HERNÁNDEZ GIL, A. *La Constitución y su Entorno*. Editorial Civitas. 1º Ed., Ed. Ariel. Madrid, España, 1988, pág. 32. Debe de considerarse a la justicia como un parámetro a seguir, debido a que se intenta introducir en los diferentes ámbitos en que se desarrollan las actividades de las sociedades anónimas, ante esto debe considerarse en cada caso concreto si es o no adecuado la implementación del Levantamiento del Velo o si existen otras salidas alternas que permitan conjugar los diferentes valores al momento de impartir justicia.

²³⁸SANCHEZ AGESTA, L. *Sistema Político de la Constitución Española*. 1ª Ed., Edit. Civitas. Madrid, España, 1978, pág. 76.

Ante esto parece congruente lo indicado en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984, debido a que se emite un juicio de valor en un caso de conflicto entre justicia y seguridad jurídica, y acorde con él se decide aplicar la doctrina del *Levantamiento del Velo*, haciendo prevalecer la justicia material y superando la pugna de estos dos principios, con base a las razones expresadas:

a) El propio ordenamiento jurídico es un instrumento para la realización de los fines que la constitución enuncia como valores, entre los que se encuentran la justicia.

b) El valor justicia, tiene un valor normativo inmediato y directo y es aplicable directamente.

c) Los principios informadores del ordenamiento entre los que se encuentra la seguridad jurídica, toman valor en cuanto sirven para promover los valores del ordenamiento jurídico.

d) El límite del principio de seguridad jurídica, en un caso concreto, puede estar sin duda en el valor justicia.

2) Aplicación por vía de equidad y con acogimiento al principio de buena fe.

Se destaca que la palabra equidad expresa una oposición al Derecho existente en nombre de un Derecho Superior, como reflejo de una lucha entre los intereses humano ya consolidados y otros nuevos intereses que

surgen como resultado de una transformación económica y que pugnan por ser reconocidos²³⁹.

Desde el punto de vista del Derecho estricto, dejando de lado toda idea filosófica. Las funciones que tradicionalmente se han encomendado a la equidad han sido tres, *ius edivandi, ius corrigendi e ius suplendi*" o lo que es lo mismo, equidad como elemento constitutivo del Derecho Positivo, como elemento de interpretación de la ley y corrección de su excesiva generalidad y como elemento de integración de la norma²⁴⁰.

La doctrina del *Levantamiento del Velo* de la persona jurídica elaborada por el Tribunal Supremo se halla en esa línea. Se trata de casos en los que al igual que sucede en el daño moral, la acción invertida o el abuso del derecho, la aplicación de una determinada normativa, la correspondiente a una persona jurídica, y en especial la que proclama su independencia en relación a los miembros que la componen y sobre todo la irresponsabilidad de éstos frente a las deudas sociales, nos llevaría a obtener resultados injustos. En estos casos, el Tribunal Supremo

²³⁹ PUIG BRUTAU. Ob. cit., pág. 151. En efecto, el concepto de equidad es equívoco y ambiguo. Encontramos al menos cuatro sentidos diferentes del término equidad.

- a) Equidad como justicia natural o Derecho Natural frente al Derecho legislado.
- b) Equidad como manifestación de igualdad o justicia fundada en la igualdad (Igual tratamiento a lo que es igual o desigual tratamiento a lo que es desigual)
- c) Equidad como moderación de la norma general para atender a las circunstancias del caso concreto, justicia del caso concreto frente a las exigencias del Derecho Estricto.
- d) Equidad como manera de resolver litigios al margen de las normas jurídicas, aplicando en su lugar, criterios de razón, moralidad, etc.

De este modo, si bien los dos primeros sentidos tienen relieve en el ámbito de la filosofía política y jurídica, los dos últimos para la interpretación y aplicación del Derecho.

²⁴⁰ Pueden definirse en los términos siguientes:

- (a) constitutivo del Derecho positivo tiene la función de dar flexibilidad a la norma cuando el propio legislador se remite a ella para suavizar el precepto general en vista a las particularidades circunstancias que concurren en cada caso.
- (b) de interpretación de la Ley y corrección de su excesiva generalidad sirve la equidad aún cuando el legislador no la haya previsto, de medio preciso para evitar que la rígida aplicación de la norma general al caso singular resulte una injusticia manifiesta.
- (c) de integración de la norma y utilización de los principios generales del Derecho sirve para descubrir y aplicar en defecto de ley, el principio jurídico que mejor se pliegue a las contingencias del hecho.

trasciende a la aplicación de dicha normativa y busca la justicia del caso conforme a criterios de equidad²⁴¹.

3) El Fraude de Ley y perjuicio de intereses.

Por fraude de ley se entiende todo aquello que infringe el Derecho objetivo, la norma aplicable, buscando su inobservancia mediante el amparo de una norma distinta²⁴²; es por ello que los actos en fraude de ley se consideran como un abuso de Derecho objetivo, así como un abuso de la personalidad jurídica de las sociedades, al valerse de ellas para defraudar la ley.

En la jurisprudencia española, una de las categorías empleadas por el Tribunal Supremo para fundamentar la aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo es el fraude a la ley; se demuestra en el considerado de la Sentencia de 28 de mayo de 1984, que reza así: *“La práctica de penetrar en el substratum personal de las actividades de las sociedades, a las que la ley concede personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se le puedan perjudicar ya intereses públicos o privados como camino de fraude”*. En este sentido se realiza una clara alusión a la figura del fraude, y consecuentemente con el fin de evitar su consecución o reparar el daño

²⁴¹ La doctrina del *Levantamiento del Velo* y la referencia a la equidad no puede estimarse por sí sola, puesto que no existe ningún precepto en ordenamiento jurídico español que autorice a los jueces a desconocer la personalidad jurídica de una sociedad basando su decisión en la equidad. El Tribunal Supremo ha construido la aplicación del *Levantamiento del Velo*, 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; apoyándose en doctrinas como las del daño moral de la acesión invertida o incluso del mismo abuso del derecho, las cuales se encuentran en la misma línea del Levantamiento del Velo, buscando más allá de la norma legal, cuya aplicación hubiese tenido un resultado injusto para resolver según criterios de equidad, es decir, en aras a la consecución de la justicia.

²⁴² BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 253.

que se ha provocado, el Tribunal Supremo utiliza la técnica del Levantamiento del Velo.

Ante esto dicho Tribunal discute los supuestos bajo los cuales se considera el fraude de ley, para ello lo primero es saber si los supuestos en los que se aplica esta técnica merecen la calificación de actos en fraude de ley²⁴³, y si dicho fraude no puede ser resuelto con base a las normas del Código Civil Español o se vuelve necesario implementar la técnica del *Levantamiento del Velo*.

El Tribunal Supremo al conocer el fondo de las polémicas discutidas, se apoya en otras figuras jurídicas como el abuso del derecho; se sostiene que existe la posibilidad de que un acto posea una naturaleza jurídica compleja; señalando también que las consecuencias jurídicas y sanciones de su múltiple calificación se acumularían al resolver la controversia. Aun si el abuso de derecho, la mala fe y el fraude de ley se consideren instituciones distintas como si se contemplan como facetas de una misma institución, la finalidad que persiguen es idéntica impedir que el texto de la ley sea eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia²⁴⁴.

Uno de los casos que más frecuentemente se considera como acto en fraude de ley es la constitución de sociedades aparentes o ficticias de un solo socio para impedir la responsabilidad universal del comerciante

²⁴³ Ante esto se produce una discusión en la que se plantea si puede un acto tener una naturaleza jurídica compleja, pudiendo ser calificado a su vez como acto en fraude de ley o abuso del derecho, como sostienen algunos autores o por el contrario, se encuentra ante figuras bien delimitadas y por lo tanto si los hechos en cuestión se subsumen en el supuesto de derecho contemplado por una norma, producen las consecuencias jurídicas que ésta contempla y no cabe que goce de otra naturaleza jurídica.

²⁴⁴ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 265.

individual, de igual forma se considera que el fraude social o abuso de las formas sociales como un fenómeno fraudulento es una manifestación del fraude en general denominado *fraus hominis* o al *fraus legis*²⁴⁵.

El fraude de ley como fundamentación o justificación del *Levantamiento del Velo* fue ya planteado por Serick que admite que una norma puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquella, tanto si ya existía como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal; admitiéndose de esta forma una concepción objetiva del fraude de ley.

Es por ello que el juez, puede prescindir de la posición formal de la persona jurídica y equiparar socio y sociedad para evitar la maniobra fraudulenta. Para este autor, la regla de que en los supuestos de fraude de ley por medio de una persona jurídica la personalidad de ésta puede quedar descartada en el fondo no es otra cosa que un caso de aplicación del principio fundamental, generalmente reconocido según el cual el ordenamiento jurídico jamás debe proteger el abuso de una institución jurídica.

²⁴⁵ La diferencia entre estas dos formas de fraude puede apreciarse de la siguiente forma, por un lado el llamado *fraus alterius* o *fraus hominis* existe en todos aquellos casos en que una persona vulnera o lesiona los derechos de otra (acreedor, cónyuge, etc.) mediante un acto que trata de ampararse en una norma de cobertura que, al menos prima facie, parece protegerlo. En la figura de *Graus legis* no parece, en cambio, la finalidad de la violación de los derechos de un tercero, sino simplemente, la de eludir una regla obligatoria y consiguientemente, un deber jurídico; por tanto siempre la contrapartida de todo derecho es un deber jurídico, y así se comprueba que tanto una como otra de las formas de fraude aparecen ligadas por una característica común, se trata de eludir el cumplimiento de un deber jurídico, que en ocasiones lleva como contrapartida el derecho de otra persona. Por lo anterior se considera que la postura mas acertada es la que reconoce que no habrá mas que una única forma de fraude, que con carácter general es el *fraus legis*, o la violación de un deber jurídico obligatorio, que en ocasiones produce como consecuencia la vulneración de un derecho de un tercero; por lo cual el *fraus alterius* o *fraus hominis* no es mas que un caso particular de *fraus legis*.

4) El Abuso del Derecho y Ejercicio Antisocial del Mismo.

La moderna doctrina del abuso del derecho se basa en la quiebra de la regla romana “*Qui iure suo atitur nenimen laedit*” según la cual, el acto realizado en el ejercicio de un derecho, dentro del ámbito de poder otorgado a su titular, es una actuación lícita y legítima aunque como consecuencia de dicho ejercicio se pueda provocar un daño a otra persona²⁴⁶.

La quiebra de este principio, supone el reconocimiento, por un lado, de nuevos límites de los derechos subjetivos que establecen el ámbito de actuación lícita de los mismos y por otra parte que es necesario distinguir entre un ejercicio normal y otro anormal, siendo este último el que puede ser objeto de sanción o represión si se dan unas determinadas circunstancias.

Se distingue dentro de esta categoría el abuso institucional y el abuso personal; el primero consiste en ejercitar un derecho dentro de los límites formales fijados dentro del ordenamiento jurídico, pero buscando con dicho ejercicio un fin ilegítimo o ilícito; por otro lado el abuso personal resulta cuando se intenta, con el ejercicio de un derecho, perjudicar a un tercero, violando el principio de la buena fe²⁴⁷.

²⁴⁶ Un gran número de sentencias relativas al *Levantamiento del Velo* se apoyan en el abuso del derecho, así como en la aplicación de los principios de la buena fe, criterios que se enuncian conjuntamente con la equidad y el fraude de ley en el considerando de la Sentencia de 28 de mayo 1984, que se toma de referencia por cuanto ya se dijo contiene la primera formulación completa de la doctrina de *Levantamiento del Velo* llevada a cabo por el Tribunal Supremo.

²⁴⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 322.

El ámbito del lícito ejercicio de un derecho no viene dado únicamente por el contenido que se atribuye al mismo, sino también por la manera de ejercitarlo. De este modo podemos distinguir entre el ejercicio normal o anormal de un derecho. La distinción entre ejercicio normal y anormal del derecho subjetivo se ha teniendo en cuenta tres datos: la intención del actor, el objeto y las circunstancias que acompañan al ejercicio.

Así la más reciente jurisprudencia hace expresa invocación de la figura del abuso del derecho, junto con las otras instituciones, 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 esas independencia en daño a los derechos de los demás o contra los intereses de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad de un ejercicio antisocial de su derecho.

Aun que esta figura ha tenido un poco mas de resistencia en cuanto a su aceptación para considerarla como un fundamento para descorrer el velo corporativo, debido al planteamiento por medio del cual se sostiene que en los casos que se abusa de la persona jurídica, de una institución, no son sino supuestos de fraude de ley en los que la norma de cobertura que se emplea para buscar un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, es la normativa referente a la persona jurídica. Por eso, tanto los requisitos como las consecuencias que se desprenden de la aplicación del fraude de ley se ajustan a estos casos²⁴⁸.

²⁴⁸ De tal suerte que el propio Tribunal Supremo ha reconocido que la aplicación de la doctrina del Levantamiento del Velo procede sin que haya un abuso de la personalidad jurídica ni un ejercicio antisocial del derecho ni que se actúe con mala fe o en perjuicio de los intereses de terceros. Por el contrario, el efecto del fraude de ley, la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir, no es sino manifestación de la multitud y diversidad de consecuencias que tiene lugar en las distintas sentencias que se agrupan bajo la denominación "*Jurisprudencia del Levantamiento del Velo*".

A la vista de lo anterior la llamada doctrina del Levantamiento del Velo de la persona jurídica elaborada por el Tribunal Supremo, vendría a agrupar un conjunto de sentencias en las que se resuelven casos de fraude de ley caracterizados, precisamente por su común norma de cobertura: la normativa referente a la persona jurídica.

3.6.3 Casos Sistematizados por la Doctrina Española.

La Doctrina Española, al igual que sucede en el resto del derecho, se encuentra dividida frente al *Levantamiento del Velo* de la persona jurídica, por lo que surge la necesidad de contar con un criterio rector firme que indique en que casos puede prescindirse o no de la forma de la persona jurídica para aprehender la realidad que bajo la misma se oculta, por lo que la falta de ese criterio rector y las dificultades que presenta el hallarlo se manifiesta como el punto más débil de esta construcción, sobre todo cuando esta se recoge a nivel jurisprudencial²⁴⁹.

Sin embargo, ante la dificultad que presentan el encontrar dicho criterio rector²⁵⁰, la doctrina ha reiniciado a una construcción puramente dogmática y generalizada y se ha procedido a la elaboración de grupos de casos en los que puede aplicarse la técnica del *Levantamiento del Velo*²⁵¹.

²⁴⁹Polo. Ob. cit., pág. 18.

²⁵⁰ Dicha Dificultad es destacada por la doctrina según lo plantea EMBID IRUO JM "El Levantamiento del Velo". Ob. cit., pág. 31. aun este tema es discutido debido a que no se implementa en una norma, por no caer en la casuística, lo que permite que se siga resolviendo solo bajo los grupos de casos y el criterio judicial.

²⁵¹ Como señala VINCENT CHLÁ F. con estos grupos de casos se "intenta facilitar el trabajo del juez y al propio tiempo reducir la inseguridad de quienes han de expresar su sentencia.

Existen mucho autores que sistematizan los grupos de casos de aplicación de la referida técnica del *Levantamiento del Velo*, pero para efectos de ejemplificación se tomaran algunas muestras que se consideran como mas relevantes por su trayectoria profesional:

DE LA CAMARA²⁵² señalan que el “*Levantamiento del Velo*” puede tener lugar en los siguientes casos:

- a) Simulación la constitución de una sociedad para eludir el cumplimiento de un contrato y de burlar los derechos de terceros, eludir la ley.
- b) el supuesto de hecho debe resolverse en función de la ratio a la que corresponde la normativa de la persona jurídica. Dentro de este punto deben distinguirse la posibilidad de considerar a la sociedad o al socio como terceros, la interferencia de la sociedad en cambios de titularidad de una relación jurídica preexistente enajenación del patrimonio social a través de la venta de acciones o participaciones representativas del capital social y desestimación de la personalidad jurídica para frenar los abusos de poder.
- c) es necesario desestimar la personalidad jurídica de la sociedad para evitar que el grupo, al amparo de la personificación que disfruta, pueda dedicarse a actividades que están prohibidas a los individuos que las componen y así se estudian en primer termino los casos en los que es necesario prescindir de la nacionalidad de la sociedad para atender a la que ostentan los socios que la componen y en segundo lugar, los que afectan a la libre concurrencia y a los grupos de sociedades.

²⁵²DE LA CAMARA. Ob. cit., págs. 233-289

DE ANGEL YAGUES²⁵³, clasifica exhaustivamente la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia relacionándola con los siguientes temas: responsabilidad civil tercería de dominio y otras manifestaciones procesales, actos fiduciarios y persona jurídica de un único miembro. Del mismo modo, analiza dicha jurisprudencia en torno a problemas tales como:

a) El *Levantamiento del Velo* como instrumento para descubrir la identidad entre los intereses de una persona jurídica y de los de un sujeto individual;

b) La valoración ética de las conductas como objetivo de la penetración en el sustrato de la persona jurídica, el *Levantamiento del Velo* en los casos en que la persona jurídica se tiene presente como objeto, no como sujeto de la relación controvertida en problemas con el disfrute de bienes y por último.

c) *Levantamiento del Velo* y confusión entre las denominaciones de personas distintas.

Pero tomando como modelo los grupos de casos sistematizados por la doctrina alemana y admitidos por un sector de la doctrina española, el Tribunal Supremo recoge la aplicación de la técnica del Levantamiento del Velo en cuatro grupos, que son:

- a) Identidad de Personas o esferas.
- b) Control o Dirección Efectiva Externa.

²⁵³DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. cit., pág. 12. A lo largo de toda su obra desarrolla los elementos de fácticos como jurídicos que fundamentaron las sentencias donde se aplica el *Levantamiento del Velo*, así como la presentación de algunas sentencias bajo las cuales se negó la implementación de esta técnica, debido a que no se demostró fehacientemente la necesidad de implementarla o los elementos con los que se contaban no eran suficientes para proceder con ella.

- c) Infracapitalización.
- d) Abuso de la Personalidad Jurídica en Fraude de Ley o en Incumplimiento de Obligaciones.

3.7 EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN ARGENTINA.

3.7.1 Origen.

El desarrollo de la doctrina del Levantamiento del Velo en el sistema anglosajón fue la base para que esta se conociera y expandiera en el Derecho Continental. Así el “*Disregard of Legal Entity*” se convierte en la base de la *Doctrina de los Propios Actos* en el Derecho Argentino.

Esta doctrina es conocida desde hace mucho tiempo en el derecho, en su expresión latina: “*adversus factum suum quis venire non potest*”, expresión que en castellano significa “*que nadie puede volver contra sus propios actos*”²⁵⁴.

Puede establecerse su origen alrededor de los siglos XI y XII, en el contexto de lo que suele denominarse “derecho intermedio”; la autoría de esta regla se atribuye a los glosadores italianos, quienes la elaboraron con el fin de generalizar una serie de soluciones particulares, creándose en torno de ella una doctrina. Dentro del sistema argentino esta es retomada y perfeccionada con su aplicación trayendo con ello nuevos tipos de soluciones para el legislador.

La doctrina argentina de *los propios actos*, adquiere dentro de su estructuración los principios de equidad, retomando algunos fundamentos del

²⁵⁴ DOBSON, Juan M. Ob. cit., pág. 287.

Derecho Anglosajón; aceptando con ello los remedios procesales del *Common Law*; ajustándolos a las exigencias de la creciente industrialización de la sociedad argentina en esa época. De esta forma se toma a la figura de el ***Estoppel de Equidad*** ²⁵⁵, como el presupuesto fundamental dentro de la doctrina de los propios actos.

Las contriciones jurisprudenciales de la doctrina de los propios actos dentro del sistema argentino se realizan de la siguiente manera:

a) **Conducta de un sujeto:** se requiere la existencia de una conducta por parte de un sujeto en una relación jurídica determinada. Debe tratarse de un acto propio del sujeto, o de su representante, ya que ello surge de los principios en materia de representación, pudiendo consistir en una omisión. Este requisito es indispensable para la jurisprudencia.

b) **El sujeto debe ser un litigante en un proceso:** la aplicabilidad de la doctrina de los propios actos se manifiesta en el concurso de un proceso, esto es, debe ser esgrimida en favor o en contra de una de las partes procesales.

c) **La contradicción aparece frente a una pretensión procesal:** la pretensión procesal es un acto en virtud del cual se reclama ante el

²⁵⁵ DOBSON, Juan M. Ob. cit., pág. 268 señala dentro de su obra que el estoppel de equidad es una figura que genera la prohibición de alegar o negar ciertos hechos en razón de una anterior conducta que resulta contradictoria con la actual afirmación. Esta figura tiene como característica que la conducta debe resultar intencionadamente engañada, o si no lo fuera de tal modo se requiere que cualquier persona razonablemente prudente pudiera haber sido engañada. Quien utiliza esta excepción debe probar no solo que la persona a quien se le opone realizó las manifestaciones engañosas, sino que el excepcionado creyó en ellas y actuó en su consecuencia, porque fueron las causas del daño sufrido.

órgano judicial o arbitral y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación.

d) **La pretensión debe ser contradictoria con una conducta anterior del litigante:** la contradicción debe ser jurídicamente relevante, debe apuntar a los aspectos esenciales de la relación. La incoherencia o contradicción debe ser tan relevante que llegue a ofender a la buena fe, esta debe ser absoluta, la conducta debe resultar obvia y totalmente contradictoria con la anteriormente mantenida, la contradicción debe resultar con evidencia.

e) **La conducta anterior debe haber sido jurídicamente válida y relevante:** el acto o actos realizados en el pasado que resultan contradictorios con una conducta actual deben haber sido reales y válidos, estos actos deben ser lícitos y permitidos.

f) **la conducta debe haber sido mantenida frente a los mismos interesados:** la conducta presente y la anterior en el tiempo deben haber sido mantenidas en un contexto similar, para lo que se requiere que los destinatarios de ambas expresiones de voluntad hayan sido los mismos; ya que cuando la conducta aparezca motivada en otras razones, frente a terceros no interesados en la situación, ello no resulta relevante a los fines de la alegación de contradicción.

Así el desarrollo de esta doctrina trae como consecuencia su aplicabilidad de forma subsidiaria, por considerarla un instituto que se fundamenta en el principio general de *la buena fe*, que en materia contractual tiene una regulación específica. Donde se encuentra un remedio legal determinado por la ley, para

resolver un caso en particular, por lo que su utilización debe subordinarse a las reglas previstas expresamente; caso contrario sucede cuando un caso no se puede resolver por las palabras o el espíritu de la ley, se puede recurrir a los principios generales del derecho y con ello a la aplicabilidad de la doctrina de los propios actos.

El efecto jurídico que trae esta doctrina es **La Inoponibilidad**²⁵⁶, ya que dentro del sistema jurídico argentino, se califica de ineficaz al acto procesal contradictorio con la conducta anterior. El acto procesal o la pretensión procesal que mediante el se esgrime, devienen inoponibles al litigante frente al cual se pretende ejercer el derecho, en razón de la conducta anterior incoherente con dicho acto²⁵⁷. La limitación de los efectos de un acto, frente a una persona o personas determinadas, es propia de la Inoponibilidad o ineficacia, por ello podemos concluir que el efecto de la contradicción resulta en la Inoponibilidad o ineficacia relativa a ciertas personas de la conducta contradictoria, manteniéndose así la original a su respecto. Por lo que se llega a establecer que el único efecto de la doctrina de los actos propios es la desestimación de la pretensión contradictoria.

²⁵⁶ la Inoponibilidad de la personalidad jurídica es una solución legal para los casos en que se haya cometido abuso de la personalidad jurídica, teniendo la acción una naturaleza especial y existiendo un criterio dominante de carácter restrictivo y excepcional y de forma subsidiaria, es decir cuando no haya más remedio y no puedan utilizarse otros mecanismos sustantivos y procesales, lográndose con su buen uso innumerable y exitosa expansión financiera y económica en la medida que se haya utilizado cuidadosamente. Esta figura es instituida por la ley, con la finalidad de proteger a terceros. Definición de ISIDORO H. GOLDENBERG.

²⁵⁷ DOBSON, Juan M. Ob. cit., págs. 18-19.

3.7.2 De la Teoría de los Propios Actos a La Desestimación de la Persona Jurídica.

Cuando una situación procesal encuentre otro remedio legal específico, por vía de las instituciones de la preclusión procesal, la caducidad, la prescripción, la confesión, u otro, es en ese momento cuando la Doctrina de los Propios Actos se hace inaplicable, en razón de su carácter supletorio²⁵⁸. Es por ello que la jurisprudencia argentina adopta la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica para que esta pueda ser aplicada a casos de una forma mas abierta y con presupuestos mejores establecidos.

La teoría de la *Desestimación de La Personalidad Jurídica*, denominada también allanamiento o redhibición de la personalidad jurídica, ha logrado una ubicación definitiva en la teoría jurídica general y en especial dentro de la jurisprudencia argentina. Esta se trata de “*un remedio jurídico procesal el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular*”. La evolución de esta teoría generan la creación de ciertos supuestos para su aplicación, la separación de estos es importante ya que los remedios jurídicos en algunos casos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se le niega al socio el privilegio de la responsabilidad limitada.

²⁵⁸ DOBSON, Juan M. Ob. cit. pág. 21.

Las teorías de la penetración o desestimación de la personería jurídica permiten frenar y evitar el "abuso" sin resentir concepciones dogmáticas, constituyendo doctrinas de aplicación excepcional, que deben aplicarse restrictivamente o con sumo cuidado y que solo procede utilizar cuando otras defensas o instituciones ordinarias no contemplan la cuestión o no evitan la producción del abuso. Sin embargo, la excepcionalidad con que debe aplicarse la doctrina de la penetración, no puede convertirse en una valla artificial e insalvable que con apoyo de una deducción meramente maquinal, impropia de la función judicial, impida en la práctica la adecuada aplicación de esa doctrina y prescindiendo de la realidad conduzca a un fin no querido por el ordenamiento jurídico.

Una clasificación de los casos o supuestos a los cuales se aplicaba la teoría de la desestimación en argentina, tuvo como base la obra de Rolf Serick²⁵⁹, el cual dentro de su obra desarrolla esta teoría, elaborando dentro de su estudio una serie de casos para su aplicación; estos casos son retomados por el legislador argentino y los adecua a la realidad existente. Un punto importante es la base en la que se fundamenta la desestimación en el derecho argentino, donde se asevera que la fundamentación limitada de esta teoría es *el abuso del derecho*²⁶⁰. Se concretiza de esta forma la elaboración de los supuestos de la desestimación en el derecho argentino de la siguiente manera:

1. El resultado de la acción importa el allanamiento, esto es, el desconocimiento o ignorancia de la calidad de sujeto de derecho de una

²⁵⁹ SERICK, Rolf, *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*, 1ª Edic, Edit Ariel, España, 1958.

²⁶⁰ esta concepción es retomada de las ideas de Serick, por ser él, el que inicia este desarrollo de la desestimación bajo el amparo del abuso de la personalidad jurídica bajo el amparo de los privilegios que se les otorga a las sociedades.

sociedad o asociación. Tal es el caso de la simulación absoluta de la sociedad, o en los casos de nulidad de ella por objeto ilícito.

2. El resultado de la acción intentada es la Inoponibilidad o ineficacia de la sociedad o asociación frente a un acreedor dado. Estos supuestos, la calidad de sujeto de derecho se mantiene vigente en todos sus aspectos, pero esa calidad no es oponible a un acreedor en razón de circunstancias previstas por la ley, como en el caso de las acciones revocatorias. En estos supuestos el término desestimación adquiere valor convencional, ya que en todo caso se trataría de una desestimación limitada o parcial.
3. El resultado de la acción consiste en la declaración de la quiebra de una persona.
4. En que lo que se persigue es extender la responsabilidad por una deuda social a un socio protegido por la responsabilidad limitada, o a un tercero no socio. Podría incluirse dentro de este grupo a la responsabilidad de las sociedades vinculadas o filiales²⁶¹.

En estos supuestos, el ordenamiento jurídico permite a los tribunales penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades con el fin de evitar que al abrigo de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar intereses privados o Públicos o bien ser utilizada como camino al fraude. Así el legislador los ha perfeccionando a lo largo del desarrollo de la teoría de la desestimación

²⁶¹ DOBSON, Juan M. Ob. cit., pág. 16.

y con ello se llega a una nueva formulación de supuestos adecuados a la realidad existente o a las nuevas conductas abusivas creadas.

Estos supuestos pueden sistematizarse de la siguiente manera²⁶²:
Desestimación en beneficio de terceros acreedores de la sociedad y en detrimento de los socios por haber mediado simulación en perjuicio de aquéllos en materia de locaciones:

1. En beneficio de terceros y en detrimento de los socios por haber mediado simulación en perjuicio de aquéllos por haber el demandado preconstituido una sociedad anónima para eludir obligaciones alimentarias y las derivadas de la sociedad conyugal;
2. Desestimación activa en detrimento de los socios y en beneficio de terceros acreedores en materia de derecho fiscal;
3. En beneficio de los socios y en perjuicio de terceros por haber mediado simulación en perjuicio de los socios en los supuestos de sociedades de capital e industria y en fraude de la ley laboral;
4. Desestimación en beneficio del interés público por razones de estado en virtud de las cuales se regula la sociedad por sus socios (atribución de la nacionalidad a las sociedades por la nacionalidad de los socios) y en virtud de las cuales se regula a los socios por la sociedad.

²⁶² LOPEZ MESA J. Marcelo. *La Sociedad Comercial en los Umbrales del III milenio*. 1º Edic, Edit Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000.

5. Desestimación en beneficio del interés público por razones de política jurídica en virtud de las cuales se regula la sociedad con sus socios (sociedades de agentes de bolsa y martilleros);
6. Desestimación en beneficio del interés público por razones de política jurídica en virtud de las cuales se regula a los socios por la sociedad (extensión de la quiebra)
7. Cuando se constató la utilización de una persona jurídica para burlar una prohibición
8. En el caso de sociedades diferenciadas según el derecho privado, pero económicamente vinculadas en forma total, en el caso de subordinación jurídica y económica o de control de las decisiones de un ente por otra persona, procede el allanamiento de la personería;
9. La directa realización de intereses propios del Estado (económicos políticos);
10. Represión del fraude a la ley;
11. Represión del fraude contractual;
12. Realización de intereses de terceros;
13. Realización de intereses de los socios "*uti singuli*".
14. Ruptura de la igualdad de los herederos, resultante de la transferencia de la casi totalidad del patrimonio del causante a una sociedad de familia constituida con algunos de sus hijos.

15. Cuando el marido actúa en detrimento de los legítimos derechos de su cónyuge en la participación en los gananciales.
16. Cuando se advierte la utilización abusiva de la ficción de la separación patrimonial entre la persona jurídica y sus miembros en perjuicio o fraude de los trabajadores.
17. Cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta.

Estos supuestos son las directrices del legislador para poder aplicar la desestimación de la personalidad jurídica, aportando con ello una importante jurisprudencia para todos los campos del derecho, ya que con estos supuestos, reconocen la existencia del fraude en el manejo de la sociedad, de un abuso del derecho que la Ley les confiere a los socios para contratar y actuar en “*el anonimato*”²⁶³.

La teoría de la desestimación en el Derecho Argentino no se ha aplicado a todos los casos de conductas abusivas de la personalidad jurídica, entre estos casos se puede mencionar los siguientes²⁶⁴:

²⁶³ Los senderos para el fraude o el abuso fraudulento de la personalidad jurídica son interminables, no podemos señalarlos como “*numerus clausus*” a la inmensa cantidad de vías para la ilicitud que, como hemos anticipado, puede tomar el mal empresario para burlar la ley y aprovecharse indebidamente de la personalidad jurídica que la sociedad mercantil asume al crearse.

²⁶⁴ LOPEZ MESA J. Marcelo. Ob. cit., pág. 157.

- I. Se ha dicho que no cabe considerar que sean idénticas dos personas jurídicas sólo por el hecho de que una de ellas posea todas o casi todas las acciones de la otra; lo mismo hay que estimar si dos sociedades están regidas por directores comunes o de alguna otra manera se hallan en estrecha conexión. Ello no basta para que se prescinda de la personalidad independiente de la persona jurídica; la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades procede, entre matriz y filial, para el caso de insolvencia; en los supuestos de confusión entre persona jurídica y física como, por ejemplo, en lo concerniente a nacionalidad, domicilio o vecindad, disimulación de la propiedad personal de bienes o modificación de su transmisión por sucesión;
- II. Nunca la identidad de los accionistas de dos sociedades ni la de su dirección, basta para considerar que forman un solo conjunto, ni permiten hacer a una responsable por las obligaciones de la otra; tales sociedades pueden contratar entre sí como si fueran totalmente extrañas y los contratos que celebren son válidos frente a los acreedores de cualquiera de ellas.
- III. También se ha postulado que no basta la demostración de una ceñida vinculación ínter empresaria para que se relativice la noción y los alcances de la personalidad jurídica mediante la aplicación de la teoría del "*Disregard*", ya que el proceso de concentración empresaria tiene -con excepción de casos patológicos- una vitalidad que es propia de los nuevos fenómenos económicos que el derecho intenta regular.
- IV. Asimismo la circunstancia de que en el contrato constitutivo de una sociedad anónima dedicada al transporte colectivo de pasajeros se

reconozca a los accionistas derechos de uso y explotación sobre las unidades de propiedad del ente, no permite concluir que sean los accionistas los verdaderos propietarios de los automotores y menos aún tipifica dicha forma de obrar como dolosa a efecto de la aplicación de la teoría de la penetración con el fin de embargar dichos vehículos para garantizar el cobro de una acreencia proveniente de una cesión de acciones entre socios.

3.7.3 De la Teoría de la Desestimación a la Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica.

La Inoponibilidad de la Persona Jurídica aparece en el Derecho Argentino, tras una constante lluvia de ideas jurisprudenciales, que ayudaron a la creación de su conceptualización dentro del sistema normativo; dando origen a la formación de criterios para su aplicabilidad de una forma clara y precisa.

El legislador argentino se fundamentó al decir que *La Inoponibilidad* permite identificar a la sociedad con el socio, proteger al tercero de buena fe, pero sin afectar en principio la normal actuación de la sociedad ni sus futuras actuaciones; simplemente, lo que se permite es que, respecto de la relación jurídica particular, no se pueda oponer esta personalidad diferenciada al tercero perjudicado. De ello se colige que no se trata de negar la existencia de la persona jurídica, de destruir su entidad moral, ni de cercenar los derechos de la sociedad, solo se trata de preservar la finalidad que el ordenamiento jurídico tuvo en mira al establecer la ficción de la personalidad jurídica y preservar los derechos de la comunidad o de terceros.

La aplicación de la doctrina de la penetración, o Inoponibilidad de la personalidad en argentina, no nace con la reforma a la Ley de Sociedades comerciales en el año 1983²⁶⁵, sino que tal sanción legislativa fue su primer reconocimiento normativo; con anterioridad a la sanción de dicha norma pueden encontrarse cantidad importante de sentencias en las cuales los tribunales argentinos aplicaron esta doctrina tanto en situaciones concursales como en juicios individuales, existiendo importante doctrina al respecto²⁶⁶.

La incorporación de la Inoponibilidad en la ley de sociedades comerciales y en específico en su Art. 54²⁶⁷ inciso tercero trae como consecuencias, el reconocimiento expreso de la doctrina en un cuerpo normativo, y con ello la base para el establecimiento de supuestos para su debida aplicación, estableciéndose con ello la imputación del acto a quien pretendió eludir las consecuencias de un determinado régimen jurídico y al resarcimiento por los daños provocados a terceros a través de ese accionar.

²⁶⁵ La ley de Sociedades comerciales. N° 22903, publicada en el B.O el 15 de septiembre de 1983, que entró en vigencia el 23 de septiembre de 1983, es reformada por decreto N° 841/84, publicado en el B.O el 30 de marzo de 1984, y dándose creación a la nueva ley de sociedades comerciales N° 19550, sancionada el 20 de marzo de 1984, teniendo como fecha de publicación en el B.O y de entrada en vigencia el 30 de marzo de 1984. Esta reforma tuvo su origen debido al vacío legal existente en el Código de Comercio Argentino, donde no se observaban figuras como la Inoponibilidad de la personalidad jurídica.

²⁶⁶ El famoso caso de *la Compañía Swift de la Plata* ha sido el baluarte jurisprudencial argentino sobre aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad jurídica; este caso creó importantes precedentes de protección a la personalidad jurídica, el cual puede resumirse de la siguiente manera: por sentencia de 08 de Noviembre de 1971 se declaró en quiebra a aquella y también a otras sociedades "mayores" pertenecientes al mismo grupo económico al entenderse que los órganos de Swift estaban subordinados a la voluntad de un holding Internacional y que la propuesta de quiebra había sido votada por otras empresas del grupo, las cuales habían contratado con una sociedad en condiciones muy ventajosas para aquellas, vulnerando el orden público y el legítimo derecho que sobre el patrimonio de la concursada tenían los verdaderos acreedores, por lo que se concluyó que no existía personalidad jurídica diferenciada entre todas las empresas del grupo y que todas, a su vez, respondían a una voluntad común. La responsabilidad se extendió a otras empresas que eran las que de facto manejaban a la sociedad controlada.

²⁶⁷ Art. 54.LSCA.- El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica.* La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extraordinarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

En el Art. 54 LSCA²⁶⁸, se establece “*que la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituye un mero recurso para violar la ley, el orden publico o la buena fe o para frustrar derechos de terceros se imputara directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*”. Esta normativa engloba una serie de supuestos en los cuales se podrá aplicar la Inoponibilidad de la persona jurídica.

Estos supuestos o grupos de casos son desarrollados doctrinalmente por el autor Juan M. Dobson²⁶⁹, estableciendo que el supuesto previsto por la ley incluye dos posibilidades:

- a) La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios: este describe el control, tanto interno como externo, en una sociedad que no es simulada, sino real, pero que se halla bajo control de un tercero. A la vez este punto se encuentra dentro del campo tradicional de la teoría del abuso de la personalidad jurídica donde los socios toma como escudo legal la personalidad jurídica para realizar conductas abusivas que individualmente no lo pueden realizar. La construcción efectuada en cuanto al hecho ilícito y al abuso del derecho y sus consecuencias, puede ser atenuada en la sanción de nulidad consiguiente, con el instituto de la Inoponibilidad, cumpliéndose así una importante misión en el campo del abuso de la personalidad jurídica, o del uso desviado de la personalidad.

²⁶⁸ Ley N° 19550, sancionada el 20 de marzo de 1984, teniendo como fecha de publicación en el B.O. y de entrada en vigencia el 30 de marzo de 1984.

²⁶⁹ DOBSON, Juan M. Ob. cit., págs. 415, 416,417.

b) La sociedad que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros: este supuesto constituye el caso de sociedad “pantalla” para la actuación personal, la simple mascara, la sociedad de paja, el “velo tras el cual se esconde el empresario”, esto es, la situación de la sociedad ficticia que ha dado lugar a tantas figuras y que constituyo el campo inicial de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica.

El legislador argentino separa los supuestos del Art.54 LSCA en tres dividiéndolos de la siguiente manera:

1. *El encubrimiento de la consecución de fines extrasocietarios*: la sociedad utiliza una estructura sincera de manera abusiva, esta estructura es usada como un medio aparente para conseguir, en realidad, otros fines; se crea una apariencia para fines impropios.
2. *El mero recurso para violar la ley y el orden publico*: se refiere a la actuación de la sociedad y no a su origen, por lo cual, en este supuesto no se configura un caso de simulación sino del uso de un instrumento para violar la ley, el orden publico, la buena fe, la moral, o las buenas costumbres.
3. *La frustración de derechos de terceros*: con este supuesto se pretende proteger los interés de la colectividad y en especial los de aquellos que se hayan visto afectados dentro de un negocio con una sociedad, tomándose al fraude como base de este supuesto.

Estos supuestos o grupos de casos son la base para el legislador argentino, ya que de estos se desprende una serie de casos aislados como lo son las holding y la sociedad unipersonal donde todavía no se determina un supuesto en concreto, por lo que se observa todavía dentro de la legislación un vacío legal referente a la Inoponibilidad de la personalidad jurídica.

El asentimiento mas absoluto debe manifestarse en cuanto al establecimiento de la posibilidad de utilizar el instituto de la Inoponibilidad para los casos de uso desviado de la personalidad, ya sea en el control interno o externo. Si bien las doctrinas mas modernas propician ya la admisión de la sanción de Inoponibilidad para los casos de abuso del derecho, no limitando sus efectos a la nulidad, la cuestión recibe así una solución definitiva de estricta necesidad.

CAPITULO CUATRO

DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.

Sumario: 4.1 Derecho comparado y jurisprudencia de la Doctrina del Levantamiento del Velo; 4.2 Unipersonalidad; 4.2.1 Jurisprudencia de Unipersonalidad; 4.3 Grupo de Sociedades; 4.3.1 Jurisprudencia sobre Grupo de Sociedades; 4.3.1.1 Sentencia; 4.3.1.2 Sentencia; 4.3.1.3 Sentencia; 4.4 Infracapitalización; 4.4.1 Jurisprudencia Judicial y Administrativa de Argentina en materia de Infracapitalización; 4.4.1.1 Sentencia; 4.4.1.2 Sentencia; 4.4.2 Casos de Infracapitalización Nominal; 4.4.2.1 Sentencia; 4.4.2.2 Sentencia; 4.4.3 Casos Recientes; 4.4.3.1 Sentencia; 4.4.4 Algunos casos que rechazan la Infracapitalización; 4.5 Fraude de Ley; 4.5.1 Jurisprudencia de Fraude de Ley; 4.5.1.1 Sentencia; 4.5.1.2 Sentencia; 4.5.1.3 Sentencia; 4.6 Supuestos reconocidos en Argentina; 4.6.1 La sanción prevista por el Art. 54 de la Ley de Sociedades Comerciales; 4.6.2 Jurisprudencia de terceros; 4.6.2.1 Sentencia; 4.6.2.2 Sentencia.

4.1 Derecho Comparado y Jurisprudencia.

En el desarrollo de la vía jurisprudencial de países como Argentina y España, se ha destacado un grupo de supuestos bajo los cuales se contempla el Levantamiento del Velo²⁷⁰, como una salida alterna ante las conductas abusivas que realizan los socios con miras a evadir las responsabilidades contractuales o extracontractuales; siendo estos los siguientes:

- a) La unipersonalidad o sociedad de un solo socio.
- b) Los grupos de sociedades.
- c) La infracapitalización.
- d) El fraude de ley.

²⁷⁰ Se presenta la necesidad de iniciar su estudio de forma separada, para lograr con ello la posibilidad de identificar la aplicación del *Levantamiento del Velo* en cada uno de sus diferentes ámbitos, a través de la vía jurisprudencial o por obra del legislador, que en determinadas situaciones ordena prescindir de la personalidad jurídica para conseguir determinados efectos.

4.2 La Unipersonalidad o Sociedad de un Solo Socio.

En torno a este tema surge una discusión que pretende discernir la imposibilidad de distinguir exteriormente la separación existente entre la persona jurídica y las personas de los socios, que trae como consecuencia el no poder reconocer si un determinado acto es imputable a la sociedad o a los socios que la componen y si el patrimonio de los socios no puede diferenciarse con claridad²⁷¹.

La confusión de patrimonios²⁷² se presenta frente al principio jurídico formal de que solo quien es deudor responde con su propio patrimonio del cumplimiento de sus obligaciones, de esta forma el dato económico sustancial de una real confusión se ha empleado como expediente para hacer recaer la responsabilidad sobre las personas distintas de las que formalmente aparecen como deudoras en la relación jurídica obligatoria de que se trate.

En el caso de España, la Sociedad Unipersonal cobra vida a través de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, con la cual se admite plenamente la figura de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada; sometiéndola a las garantías establecidas para la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, entre dichas garantías destaca la exigencia de que las situaciones de unipersonalidad queden constatadas mediante una adecuada publicidad y documentación.

²⁷¹ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 324.

²⁷² OLIVENCIA, M. "La confusión de patrimonios y el Art. 285 del Código de Comercio". 1ª Ed. Edit. Ariel, Madrid, España, 1995, pág. 508. Define que existe la confusión de patrimonios cuando aun apareciendo patrimonios distintos, titulados por personas diferentes, las facultades, derechos o potestades que el ordenamiento jurídico confiere al titular de un patrimonio se ejercitan de hecho, también o exclusivamente, por personas diversas de su titular jurídico, y cuando las consecuencias económicas de los beneficios o pérdidas experimentados por un patrimonio repercutan de hecho en otro distinto.

Estas garantías pueden, indudablemente, contribuir a paliar determinados abusos; en vista que el régimen de publicidad establece como una sanción grave el hecho de no hacer del conocimiento del registro mercantil el carácter de unipersonalida, para el caso de que hubiesen transcurrido seis meses desde la adquisición de dicha circunstancia; dando como consecuencia una responsabilidad personal, ilimitada y solidaria del socio por las deudas sociales contraídas durante el proceso de unipersonalidad no informado²⁷³.

El Art. 125 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada²⁷⁴, establece las clases de sociedades unipersonales, contemplando tanto la originaria como la sobrevenida. De este modo, insta que se entienda por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada:

1º La constituida por un único socio sea persona natural o jurídica; y

2º La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio.

Y se considera propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenecen a la sociedad unipersonal. La aplicación del *Levantamiento del Velo* puede realizarse aunque la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada contenga algunas medidas destinadas a prevenir determinados abusos,

²⁷³ Artículo 129. Efectos de la unipersonalidad sobrevenida. Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad

²⁷⁴ Art. 125 LSRL. Clases de sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada:

- a. La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica.
- b. La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal.

aunque lo verdaderamente determinante para su aplicación no es la situación de unipersonalidad en si, sino el fraude que a su amparo puede cometerse²⁷⁵.

En el caso de las sociedades que expresamente se presentan como pluripersonales pero en su estructura estas son *unipersonales*, (por que el socio es el titular de un gran numero de participaciones o acciones y por la intervención de testaferros, que poseen fracciones simbólicas del capital social) no se podrán considerar formalmente como socio único. Este es el caso de las sociedades de favor, en las que la pluralidad de socio va encaminada a eludir la aplicación de las garantías de publicidad y la documentación que implica la calidad de unipersonalidad.

En Argentina la sociedad unipersonal no es admitida legalmente como en España, dentro de este sistema el requisito de la pluralidad de sujetos para la constitución de una sociedad es todavía algo viable y legal así es establecido en los Arts. 1, 94 N° 8 de La Ley de Sociedades Comerciales²⁷⁶. Se sostiene

²⁷⁵ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 380.

²⁷⁶ Determinándose que es necesario dos o más personas para el inicio y desarrollo de una sociedad; cuando se reduzca el elenco de socios a uno solo, la sociedad deberá disolverse, siempre que no se incorporen nuevos socio en el termino de tres meses, durante los cuales en esta etapa de Unipersonalidad sobrevenida, el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas.

Art. 1. LSCA Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Art. 94. LSCA. La sociedad se disuelve:

- 1) Por decisión de los socios;
- 2) Por expiración del término por el cual se constituyó;
- 3) Por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia;
- 4) Por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;
- 5) Por pérdida del capital social;
- 6) Por declaración en quiebra. La disolución quedará sin efecto sise celebrare avenimiento o concordado resolutorio;
- 7) Por su fusión en los términos del artículo 82;
- 8) *Por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres (3) meses. En este lapso el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas;*
- 9) Por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones. La disolución podrá quedar sin efecto por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los sesenta (60) días, de acuerdo con el artículo 244, cuarto párrafo;
- 10) Por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieren en razón del objeto.

como fundamento de la prohibición legal de las sociedades unipersonales, razones de índole económica, explicando que de admitirlas se hace recaer en la comunidad el riesgo de la empresa, y no sobre el empresario.

En las razones de índole jurídicas, la sociedad es un contrato, y por lo menos mientras esos pensamientos se mantengan, no será posible admitir la sociedad unipersonal de forma legal. Asimismo el legislador argentino ha tomado ha bien reconocer la sociedad unipersonal desde el ámbito jurisprudencial, es decir en determinados supuestos donde se manifieste la unipersonalidad que se ha ocultado a medida de fraude desde la creación de la sociedad (presta nombres) o cuando la unipersonalidad sea sobrevenida, y en especial en aquellas sociedades controladas como es el caso de las filiales que están subordinadas a una sociedad madre o controlante.

El Derecho Argentino otorga un reconocimiento a la figura de la sociedad unipersonal a la luz de la jurisprudencia²⁷⁷ que se ha fundamentado, a lo largo del desenvolvimiento de los diversos supuestos de conductas abusivas que se originan dentro de las sociedades. Por ejemplo cuando los integrantes de la sociedad la utilicen para el fraude o otras conductas abusivas encaminadas a realizar daños a terceros involucrados, es decir que solo uno de los integrantes es el que dispone de todo el capital y por ende del manejo de la sociedad,

²⁷⁷ El caso jurisprudencial base para el reconocimiento es el caso *SWIFT de La Plata S.A.*, el fallo de la cámara expresa que Deltec Internacional era propietaria del 99% del paquete accionario de Cia. Swift de La Plata, la división de delitos tributarios estableció que las pequeñas fracciones faltantes para completarlos, se hallaban en manos de directores, como una forma solamente de satisfacer los requisitos legales que exigía el Código de Comercio Argentino anterior a la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales Nº 19.550. no obstante este caso es la base para el reconocimiento de la doctrina del Levantamiento del Velo en argentina considerándose un baluarte dentro de la jurisprudencia Argentina.

casos mas recientes son:

I. Beckman c/Hughes Tol Company SA (C.N Trab. Sala VII-5-2-96), se considero a la filial con un 99.95% un mero recurso técnico de la matriz, que no había creado una sucursal, a efectos de comunicar la responsabilidad de la deuda.

II. Walter Nelson E.C/Masri David Y Otros (30-06-98 Sala CNAT) en este caso la sala hizo lugar a la demanda contra el señor David Masri teniendo en cuenta que este era el titular del 80% de las acciones de la empresa y su presidente y el actor no estaba registrados convirtiéndose el único socio.

siendo los demás integrantes solo presta nombres; cuando la unipersonalidad sea sobrevenida y no se pueda organizar nuevamente la pluralidad de sujetos en el lapso que brinda la ley, con ello el legislador establece que la existencia de un socio único permitirá la declaración de inoponibilidad en tanto se presenten algunos de los supuestos previstos por el Art. 54 Inc. 3 LSCA²⁷⁸ como lo son el encubrimiento de la consecución de fines extrasocietarios, el mero recurso para violar la ley, el orden público y la frustración de derechos de terceros. La existencia del socio único permite considerar incumplida la causa fin de la sociedad ya que la misma no desarrolla su actividad en pos del cumplimiento de su objeto social para repartir las ganancias sino para encubrir fines propios del socio único

La sociedad unipersonal en El Salvador, no encuentra un asidero legal, debido a que claramente el Art.357 del C.Com.²⁷⁹ señala que la sociedad reducida a un solo socio, dejara de existir como tal, estableciendo un plazo de tres meses para restablecer su pluralidad de socios, permitiéndole funcionar durante este plazo de gracia como una sociedad, bajo la figura de la *unipersonalidad sobrevenida* temporalmente, pero en ningún momento le

²⁷⁸ Art. 54 LSCA El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes asiéndolas pérdidas de su cuenta exclusiva.

Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extraordinarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

²⁷⁹ Art. 357.C.com.- La sociedad reducida a un solo socio, dejará de existir como tal, si transcurrieren tres meses sin que se haya traspasado alguna participación social a otra persona; pero la empresa mercantil subsistirá como empresa individual perteneciente al único socio. La empresa será de responsabilidad ilimitada si en la sociedad de que proviene había, por lo menos, un socio que tuviere este tipo de responsabilidad. La empresa será de responsabilidad limitada, si en la sociedad de que proviene todos los socios, respondían de esta manera. El único socio tendrá obligación de otorgar los instrumentos necesarios para convertir legalmente la sociedad en una empresa individual dentro de los dos meses subsiguientes a la expiración del plazo previsto en el inciso primero de este artículo, bajo pena de que su empresa se considere como una sociedad irregular y se le apliquen las disposiciones previstas en el artículo 347.-

reconoce una existencia valedera para funcionar fuera de este plazo; teniendo la obligación el socio único de gestionar todos los instrumentos necesarios para convertir la sociedad en una empresa individual dentro de los dos meses subsiguientes a la expiración del plazo otorgado, Bajo la pena de que su empresa se considere una sociedad irregular y se le aplique el régimen previstos para las misma.

El legislador salvadoreño ofrece dentro de la normativa mercantil una alternativa que permite al socio único continuar dentro del giro comercial, pero no gozando de una personalidad jurídica independiente, esta alternativa es la empresa individual de responsabilidad limitada, regulada a partir del Art.600 al 622 del C. Com.

4.2.1 Jurisprudencia de Sociedad Unipersonal

2.2.1.1 Sentencia “Meyer vs. Holley et al”.

En Meyer vs. Holley et al., un caso resuelto el pasado 22 de enero de 2003, una Supreme Court unánime resolvió que el accionista de la sociedad unipersonal no responde por los actos generadores de responsabilidad civil realizados por órganos o empleados de la sociedad si a aquel no había asumido la posición de principal y no eran aplicables las reglas de responsabilidad por el hecho de otro, es decir, de responsabilidad del principal por los hechos de su agente.

<<La cuestión planteada escribe el magistrado ponente Stephen G. Breyer es “*si la ley impone responsabilidad personal y objetiva a un administrador o propietario de una sociedad dedicada a la intermediación inmobiliaria por la actividad ilegal de uno de los empleados o*

agentes de la sociedad". Y la respuesta es negativa: como regla general, el ordenamiento imponer responsabilidad vicaria a la sociedad, pero no a sus administradores o propietarios.

La Fair Housing Act. Prohíbe la discriminación racial en la venta o arrendamiento de viviendas. Los recurrentes Emma Mary Ellen Holley y David Holley, eran una pareja interracial que habían tratado de comprar una casa en Twenty-Nine Palms, California, que Triad Inc., frustró la operación por causas-alegaban los autores- raciales. Tras haber demandado a Triad Inc. Y a Crack ante un Tribunal federal, los Holley demandaron independientemente al recurrido, David Meyer, presidente y accionista único de Triad Inc. Y agente colegiado de la propiedad inmobiliaria. El Tribunal de distrito acumulo ambas demandas, pero rechazo la reclamación presentada Cintra Meyer, pues considero que la ley presuntamente infringida no imponía responsabilidad vicaria personal al administrador de la sociedad por los actos de sus empleados, sino solo a aquella. En apelación, el Tribunal del 9º circuito dio lugar al recurso de los demandantes y sostuvo que la ley imponía responsabilidad objetiva a Meyer mas allá de los principios tradicionalmente admitidos en materia de Respondeat Superior y de responsabilidad del principal por los actos de sus agentes o dependientes.

En particular, señalo el Tribunal de apelación:

"Meyer, en su condición de propietario único de Triad Inc., tenia la posibilidad de controlar los actos de esta ultima. Meyer, en su condición de presidente de Triad Inc., dirigió, controlo o tenía el derecho de dirigir o controlar la conducta del empleado de la sociedad. E incluso si Meyer no participó ni autorizo la conducta discriminatoria, tales control o capacidad de control bastan para considerarle responsable personalmente".

Meyer recurrió ante el Tribunal Supremo federal, que acepto revisar el caso. En su sentencia, el Tribunal partió del hecho indiscutido de que la Fair Housing Act. establece que quienes discriminen por causas raciales responderán civilmente por ello. Igualmente, cuando una ley atribuye a alguien una pretensión de responsabilidad civil, los principios generales del Derecho de daños se aplican al cado, salvo que la misma ley diga otra cosa. Por lo tanto, las reglas generales de responsabilidad vicaria eran también aplicables en esta ocasión.

Sin embargo:

“En ausencia de circunstancias especiales, deberá considerarse a la sociedad –pero no a su dueño administrador- principal o empleador y, por lo tanto, vicariamente responsable por los ilícitos extracontractuales cometidos por sus empleados o agentes. Para afirmar una relación de principal/agente el s1 del Restatement requiere no solo el control, sino además el consentimiento que una persona manifiesta a otra y en virtud del cual esta actuara por cuenta de aquella y consentirá en hacerlo así”.

Añade el magistrado ponente Breyer que la ley deja muy claro que cabe interponer una reclamación contra quien goza de una posición de dirección o de control en relación con las conductas discriminatorias si quien las realiza actuó en su condición de empleado o agente de la persona que dirigía o controlaba y aquel habría actuado en el ejercicio de su cargo o con ocasión de el , pero que, pudiendo hacerlo de hecho, la Fair Housing Act. no estableció un estándar más estricto de responsabilidad absoluta casada en el simple derecho de dirigir o controlar. Nada en la ley en cuestión permite suponer que rigen criterios mas estrictos que los generalmente impuestos por el derecho común como, por ejemplo, uno según el cual alguien habría de responder por los actos de un contratista independiente: en defecto de apoyo textual, no cabe hacer responder a quienes no ostentan la condición de principal con respecto al comportamiento ilegal del empleado.

Además, aunque el Tribunal Supremo admitió que la lucha contra la discriminación racial es:

“Una prioridad social primordial tal caracterización no implica una regla en virtud de la cual todo sujeto con facultades de control en la sociedad pueda responder personalmente y sin culpa por la conducta ilícita de cualquier empleado bajo su supervisión. Antes bien, es un asunto complejo decidir quien de entre dos inocentes deba sufrir las consecuencias del daño. Nosotros creemos que, normalmente, los Tribunales resolverán esta cuestión de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad vicaria... salvo que el Congreso establezca lo contrario”.

“El derecho a controlar es por si mismo insuficiente, de acuerdo con los principios tradicionales de la agencia, para establecer una relación principal/agente o empleador/empleado”.

Permanecen abiertas las posibilidades, advierte finalmente el Tribunal Supremo, de que se aplique al caso la Doctrina del Levantamiento del Velo, cuestión no debatida en el recurso>>.

Aun cuando en esta sentencia no se aplica el *Levantamiento del Velo*, es evidente que el objetivo que se perseguía era la comunicación de la responsabilidad, la cual es uno de los efectos de esta técnica, y cuya no aplicación es producto de la falta de argumentación en la cuestión debatida, no que el caso careciera de fundamentos para su implementación.

4.3 Los Grupos de Sociedades.

Se recogen en este supuesto aquellos casos en los que la voluntad de la sociedad controlada es la voluntad de la sociedad dominante, por lo que la primera no perseguirá sus propios intereses, sino que su actuación estará dirigida a satisfacer intereses ajenos a ella, los de su sociedad dominante²⁸⁰.

En los grupos de sociedades dos son los elementos que define en sentido económico, la relación de dependencia, directa o indirecta de una o varias sociedades (dependientes) con respecto a otra (dominante), y el ejercicio de una dirección económica única, por estar sobre el conjunto de las demás, de forma que, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las sociedades, todas ellas actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa.

²⁸⁰ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 387. La aplicación de La Doctrina del *Levantamiento del Velo* llevaría a los grupos de sociedades llevaría a que la responsabilidad por deudas de la sociedad dominada fuera soportada por la sociedad dominante.

El Proyecto de Reglamento de Estatuto de Sociedad Anónima Europea define al grupo de de sociedades como el fenómeno por *el cual una empresa dominante y una o mas sociedades dependientes se agrupan detal manera que el conjunto de empresas se somete a la dirección unitaria de la empresa dominante*²⁸¹.

En el Derecho Español, el grupo de sociedades es determinado por el Art.42.1 del C. Com.²⁸², estableciendo que existen cuando una sociedad se encuentra respecto de otra en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de Administración.
- c) Puede disponer, en virtud de los acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los de los derechos de voto.

²⁸¹ EMBID IRUJO. "La problemática de los grupos". Rd S, año II, 1994, num.2. Madrid, España, págs. 619 y SS.

²⁸² Art. 42. C.Com. 1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección. En aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, esta obligación recaerá en la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación. Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d. Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

- d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de Administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

Lo anterior es complementado con el Art. 87 de la Ley de Sociedades Anónimas²⁸³, el cual establece en su literal h), que se considera sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirecta, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación.

De esta forma, para el legislador español la idea de “*influencia dominante*” se resume en la posición de preeminencia, en el actuar internamente como una unidad, sometido a una dirección unitaria, y se manifiesta externamente como tal, de manera que el tercero que contrata con una sociedad del grupo, lo hace a nivel formal, pero en interés del grupo. De este modo, el patrimonio de la sociedad queda de tal forma condicionado por el de la sociedad dominante o por el del grupo, que puede ocurrir que quede vacío de contenido frente a terceros cuando estos quieran contra ella sus garantías patrimoniales.

²⁸³ Art. 87LSAE. Sociedad dominante.

1. A los efectos de esta sección se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación.

2. En particular, se presumirá que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre con relación a ésta en alguno de los supuestos previstos en el número 1 del artículo 42 del C.Com o, cuando menos, la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta.

A efectos de lo previsto en el presente artículo, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de otras personas que actúen por cuenta de la sociedad dominante o de otras dominadas o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

3. Las disposiciones de esta Sección referidas a operaciones que tienen por objeto acciones de la sociedad dominante serán de aplicación aún cuando la sociedad que las realice no sea de nacionalidad española.

Por esta razón, si el grupo forma una unidad, y como tal actúa y se manifiesta al exterior, como tal debe de responder ante los terceros acreedores, es aquí donde tomo relevancia el *Levantamiento del Velo*, por que choca con la concepción formal de que cada sociedad que integra un grupo posee personalidad jurídica propia y que, por esa razón es la única titular de sus derechos y obligaciones; la responsabilidad que nace por la falta de cumplimiento de estas ultimas que corresponde es imputable sólo a ella.

El efecto pretendido normalmente con la utilización de esta doctrina en materia de grupos será el lograr la comunicación de la responsabilidad por deudas entre los miembros de la misma, aunque ello no excluye otros resultados, como por ejemplo, la postergación de créditos de la sociedad dominante, en los casos de infracapitalización nominal de la dominada²⁸⁴.

En el contexto de los grupos, sobre todo en aquellos que poseen un mecanismo de subordinación y una base accional o real, es mas fácil que se den situaciones de utilización de la independencia societaria para eludir el cumplimiento de obligaciones frente a terceros. Pero, para aplicar la *Doctrina del Levantamiento del Velo* es necesario que el supuesto pueda ser calificado como fraude a la ley, tal y como éste se define y caracteriza en el Derecho Español.

El desarrollo del *grupo de sociedades* en Argentina ha partido de la definición de estos al considerarlos como *la existencia de dos o más*

²⁸⁴ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 413. La comunicación de responsabilidades es un efecto general del *Levantamiento del Velo*, pero en el caso de Grupo de Sociedades, este es el objetivo principal que se persigue, que haya una comunicación entre la sociedad dominante y la dominada.

*sociedades que están vinculadas por una relación de dependencia y la existencia de una dirección unificada que las rige a todas*²⁸⁵. El rasgo tipificante del grupo ha sido encontrado en la unidad de decisión, la característica del grupo son las relaciones de subordinación, en las cuales existe un sometimiento de la voluntad de la sociedad dominada o controlada.

La doctrina Argentina ha establecido los métodos de agrupamiento de las sociedades que pueden ser clasificados como²⁸⁶:

- I. Las sociedades pueden aglutinarse conforme a un esquema de colaboración o coordinación: en este supuesto se trata de relaciones de índole igualitario, en donde las sociedades participantes en el esfuerzo común, lo hacen en condiciones de igualdad y sin imposiciones de una respecto de la otra.

- II. Conforme a un esquema de dominación o subordinación: aquí la nota característica es la dominación, por lo cual la voluntad de una de las sociedades se halla subordinada a la otra. Una sociedad domina. Controla, somete, ordena las actividades de la otra.

El control empleado por las sociedades se puede dividir en interno o jurídico y externo o económico²⁸⁷:

²⁸⁵ DOBSON M. Juan. Ob. cit., 1985. págs. 356 y 357.

²⁸⁶ DOBSON M. Juan. Ob. cit., págs. 359 y 360.

²⁸⁷ DOBSON M. Juan. Ob. cit., págs. 362, 363, 365, 368.

- a)** Interno o jurídico: en esta modalidad el poder de dominación que se ejerce sobre una sociedad, en razón de la posibilidad que tiene un sujeto de dominar a las asambleas o reuniones de socios de esa sociedad. Esa preponderancia en las asambleas, le permite determinar el resultado de la votación y, por ende la voluntad de la asamblea y social. El control interno puede ser absoluto, en el sentido de quien ejerce el control dispone de la totalidad de las acciones o partes sociales de la sociedad. A este tipo de control se refiere cuando utilizan los términos “filial” o “subsidiaria totalmente controlada”; en ambos casos se designa la situación que se presenta cuando las acciones de una sociedad se hallan prácticamente en su totalidad en poder de otra²⁸⁸.
- b)** Control externo o económico: este tipo de control se halla caracterizado por la presencia de una relación contractual entre dos sujetos uno de ellos se halla emplazado en una situación de dominación que deriva de su relación contractual. La presencia de la relación contractual no tipifica al control, sino que es el desvío de los efectos propios del contrato, lo que hace derivar la relación contractual en una dominación, y su correlativa subordinación. Esta desviación de los fines propios del contrato original es el que da nacimiento al control.

Este fenómeno ha comenzado a ocupar la atención del legislador Argentino, en forma preponderante, habiéndose sostenido que el problema fundamental de

²⁸⁸ El control puede ser logrado también mediante particulares mecanismos jurídicos, ya sean de índole contractual o establecida por la ley, cuyo resultado determina la posibilidad de formación de la voluntad asamblearia. En Argentina estos mecanismos son: las cláusulas restrictivas a la circulación de las acciones (Art.214. LSA.), la existencia de acciones sin voto, con voto limitado o con voto plural (Arts. 216,217, y 244 LSA.), las elecciones de directores por categorías de accionistas (Art.262, LSA.), el condominio de acciones (Art. 209, LSA.) y también la sociedad holding (Art.31, LSA.).

la economía moderna no es mas la titularidad de la riqueza, sino el control que sobre ella se ejerce.

La jurisprudencia Argentina ha tomado ha bien establecer en los supuestos de Grupos de Sociedades a la desviación del interés social en el control, como fundamento para establecer una responsabilidad, es decir cuando la sociedad haya devenido prisionera, sometiéndose a una dirección ejercida en vista a intereses que no le son propios, habrá una desviación que impondrá responsabilidad al controlante²⁸⁹. Constituyéndose en una violación a los deberes contractuales del socio de obrar con fidelidad y buena fe, por lo que frente a la sociedad controlada debe indemnizar por el daño causado por responsabilidad contractual o extracontractual; el fundamento de esta acción de responsabilidad se halla en *el abuso de la posición dominante* y se encuentra asimismo en el abuso del derecho.

Así la Legislación Argentina incorpora este tipo de conducta abusiva en el Art. 54 Inc.1 de LSCA, donde se establece que el controlante responde por daños causados a la sociedad por dolo o culpa, pero a la vez el legislador añade que no solo en este tipo de supuestos se podrá aplicar este tipo de sanción, ya que considera que la eventual existencia de un grupo societario en el cual una subsidiaria o filial o controlada incumple obligaciones hacia terceros no permite la aplicación del instituto de la inoponibilidad por la mera existencia del grupo, sino que deberán darse los presupuestos exigidos por el artículo 54 en su Inc. 3 LSC, para poder aplicar la Inoponibilidad de la personalidad jurídica y con ello el Levantamiento del Velo en las diferentes conductas abusivas que se degeneren de la desviación del control de la sociedad.

²⁸⁹ DOBSON Juan M. Ob. cit., pág. 411,412, 413.

En El Salvador los grupos de sociedades se desarrollan en el área financiera, siendo reconocidos por la Ley de Bancos bajo la denominación de “*Conglomerados Financieros*”, que de conformidad al Art. 113²⁹⁰ son un “*conjunto de sociedades caracterizado por el hecho que más de un cincuenta por ciento de sus respectivos capitales accionarios, es propiedad de una sociedad controladora, la cual es también miembro del conglomerado*”; es decir que es un grupo económico estructurado por entidades que se encuentran predominantemente involucradas en actividades financieras autorizadas por el Estado.

Los Conglomerados Financieros, han surgido debido a varios factores, entre ellos, la necesidad de aprovechamiento de las economías de escala, los avances en la tecnología de evaluación de riesgos, la eliminación de barreras

²⁹⁰ Art. 113. LB.- El conglomerado financiero o conglomerado a que se refiere la presente Ley, es un conjunto de sociedades caracterizado por el hecho que más de un cincuenta por ciento de sus respectivos capitales accionarios, es propiedad de una sociedad controladora, la cual es también miembro del conglomerado. No obstante lo dispuesto en el inciso que antecede, la Superintendencia podrá autorizar que un banco constituido en el exterior, forme parte de un conglomerado, siempre que la controladora posea como mínimo el cuarenta y cinco por ciento de las acciones del banco en referencia, debiendo cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que el banco extranjero esté sujeto a la supervisión consolidada por parte de la Superintendencia y que en el país donde esté domiciliado se encuentre bajo supervisión de acuerdo a los usos internacionales;
- b) Que la Superintendencia haya suscrito memorandos de cooperación con el organismo de supervisión del país anfitrión, para facilitar la supervisión consolidada
- c) Que el banco extranjero se incluya para fines de determinar la solvencia del Conglomerado; y
- d) Que se compruebe que la controladora ejerce el control del banco, asegurándose la mayoría de los votos en las Juntas Generales de Accionistas, mediante acuerdos de actuación conjunta y participación en la administración del banco extranjero.

La sociedad controladora del conglomerado podrá ser una sociedad cuya finalidad exclusiva sea la señalada en el literal a) del Artículo 121 de esta ley, o un banco constituido en el país, al que en adelante se podrá hacer referencia como banco controlador.

Cuando esta Ley se refiera a un conglomerado financiero o conglomerado, se entenderá que también se está refiriendo a todas las sociedades que lo integran. De igual forma, cuando se haga referencia a "sociedad controladora", o "controladora" se entenderá que se alude al banco controlador y a la sociedad controladora de finalidad exclusiva. Los conglomerados financieros estarán sujetos a la supervisión consolidada de la Superintendencia y a las aprobaciones y requisitos fijados en este Título.

En adición a la sociedad controladora de finalidad exclusiva, en su caso, las sociedades que integran un conglomerado son un banco constituido en el país y una o más entidades del sector financiero tales como sociedades de seguros, instituciones administradoras de fondos de pensiones, casas de corredores de bolsa, sociedades especializadas en el depósito y custodia de valores, emisoras de tarjetas de crédito, casas de cambio de moneda extranjera, sociedades de arrendamiento financiero, almacenes generales de depósito, incluyendo a sus subsidiarias, debidamente vigiladas por la Superintendencia o por el organismo supervisor que corresponda.

De igual forma, podrán integrar el conglomerado sociedades controladoras constituidas en el extranjero que operen en esos mercados o entidades del sector financiero similares a las descritas en este Artículo, todas debidamente reguladas y supervisadas en sus respectivos países.

regulatorias, la búsqueda de reducir impuestos, la identificación de oportunidades rentables de negocios de empresarios bajo administración centralizada, y el poder brindar a los clientes una variedad de productos y servicios financieros en un solo lugar.

La sociedad controladora de un conglomerado financiero podrá ser una sociedad cuya finalidad exclusiva será la inversión en más del 50% de los capitales accionarios de un conjunto de sociedades que conforman el conglomerado financiero, la cual podrá ser un banco constituido en el país, al que se podrá hacer referencia como banco controlador; se destaca la especial protección que tiene el Banco dentro del Conglomerado Financiero, concretizada en el Art. 121 Literal f²⁹¹ y Art. 124²⁹² de la LB.

La denominación de la sociedad controladora deberá contener la expresión “Inversiones Financieras”, seguida de un nombre que la identifique con el banco del conglomerado; la Superintendencia del Sistema Financiero (en adelante SSF) podrá objetar la denominación de una sociedad controladora que no cumpla esos requisitos o que se preste a confusiones. El art. 136 de la LB²⁹³, le

²⁹¹ Art. 121.LB. A las sociedades controladoras de finalidad exclusiva se les aplicarán las disposiciones sobre organización, administración, propiedad y funcionamiento que los Artículos del 5 al 21 de esta Ley establecen para el caso de los bancos y deberán reunir además, las siguientes características:

f) Será también responsable, hasta por el monto de sus activos, de las obligaciones contraídas por las otras sociedades miembros del conglomerado situadas en el país, siempre y cuando el banco establecido en el país, a juicio de la Superintendencia, esté al día en el cumplimiento de sus obligaciones y satisfaga todas las exigencias de solvencia según los preceptos de esta Ley.

²⁹² Art. 124.LB - Con el objeto de salvaguardar la estabilidad del banco establecido en el país, miembro del conglomerado, la Superintendencia podrá exigir que la sociedad controladora proceda a enajenar su participación accionaria en aquellas sociedades miembros que sean objeto de administración deficiente o que presentaren problemas financieros o de solvencia, si no se normalizaren en los plazos fijados para tal efecto por las leyes respectivas o por la Superintendencia en su caso, o en su defecto acordar su disolución y liquidación.

²⁹³ Art. 136. LB - Las sociedades controladoras quedarán sujetas a la fiscalización de la Superintendencia, con todas las facultades que su Ley Orgánica le confiere. Igualmente, sin perjuicio de las facultades de los demás organismos supervisores nacionales o extranjeros respecto de la fiscalización de las sociedades miembros del conglomerado, la Superintendencia tendrá acceso a la información de cada una de ellas con el objeto de ejercer la supervisión consolidada del conglomerado, velar por su solvencia y en general, desarrollar sus tareas de vigilancia y control. La Superintendencia también tendrá facultades de inspección y fiscalización respecto de las sociedades miembros de

concede a la Superintendencia del Sistema Financiero la facultad fiscalizadora de los Conglomerados, sin perjuicio de las facultades de los demás organismos supervisores nacionales o extranjeros respecto de la fiscalización de las sociedades miembros del conglomerado, la SSF tendrá acceso a la información de cada una de dichas sociedades, con el objeto de ejercer la supervisión consolidada del conglomerado, velar por su solvencia y en general, desarrollar sus tareas de vigilancia y control.

Para el caso de El Salvador la SSF ha autorizado nueve Conglomerados Financieros, los principales son: Inversiones Financieras Banco Agrícola, Inversiones Financieras Cuscatlán e Inversiones Financieras Bancosal.

Una sociedad controladora no podrá mantener vinculaciones crediticias ni comerciales con las sociedades que forman parte del conglomerado, con la excepción de préstamos u obligaciones convertibles en acciones emitidas por estas, ni tampoco podrá celebrar contratos con terceros, salvo los que sean necesarios para el desarrollo de su finalidad.

Tampoco podrá contraer obligaciones financieras de ninguna naturaleza con terceros por una suma que supere el 20% de su capital pagado y reservas de capital, incluyendo dentro de este límite los préstamos u obligaciones convertibles en acciones²⁹⁴.

los conglomerados, que no están bajo la competencia de otras Superintendencias. La Superintendencia tendrá facultades de inspección en las sociedades en las que exista control común con una o más de las sociedades miembros de un conglomerado; también podrá requerirles información, pudiendo sancionarlas en caso de incumplimiento, de conformidad con su Ley Orgánica.

²⁹⁴ Art. 121. LBA- A las sociedades controladoras de finalidad exclusiva se les aplicarán las disposiciones sobre organización, administración, propiedad y funcionamiento que los Artículos del 5 al 21 de esta Ley establecen para el caso de los bancos y deberán reunir además, las siguientes características:

d) No podrá contraer obligaciones financieras de ninguna naturaleza con terceros por una suma que supere el veinte por ciento de su capital pagado y reservas de capital, incluyendo dentro de este límite los préstamos u obligaciones convertibles en acciones.

La sociedad controladora responde hasta por el monto de sus activos por las obligaciones contraídas por las otras sociedades miembros del conglomerado situadas en el país, siempre y cuando el banco establecido en el país, a juicio de la SSF, esté al día en el cumplimiento de sus obligaciones y satisfaga todas las exigencias de solvencia que manda la Ley de Bancos.

4.3.1 Jurisprudencia sobre Grupo de Sociedades

4.3.1.1 Sentencia de 29 de abril de 1994, de la Audiencia Provincial de Vizcaya. Comunicación de la responsabilidad de dos sociedades, pero sin responsabilidad de sus administradores²⁹⁵.

En los grupos de sociedades lo importante, sobre todo en el derecho Español es la influencia dominante, que para el caso se ve reflejado en el hecho que en ambas sociedades los administradores eran los mismos, recayendo en dichos administradores el poder de decisión, así el efecto pretendido normalmente con la utilización del Levantamiento del Velo, en materia de grupo de sociedades, es el lograr la comunicación de la responsabilidad por deudas entre los miembros de la misma, lo que claramente se logra en esta sentencia, al condenar el pago de las cantidades adeudadas a la sociedad acreedora, por parte de las sociedades C.H. S.A., y C.O. S.A, las cuales, no obstante de tener personalidades independientes existía una circunstancia de objetos sociales, identidad de los administradores, entre otras; Formando así una unidad, y como tal deberá de responder ante los terceros acreedores.

²⁹⁵ DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. cit., págs. 246-249.

De esta forma se recalca que es el contexto de los grupos, sobre todo en aquellos que poseen un mecanismo de subordinación y una base accionarial o real, es más fácil que se den situaciones de utilización de la independencia societaria para eludir el cumplimiento de obligaciones frente a terceros.

a) ANTECEDENTES

La sociedad actora entablo demandas demanda contra C, H, C., S.A. y C, O, S.A. En relación con la primera, lo hizo con base en el suministro de diferentes materiales de construcción que la demandante le había realizado. La acción contra la segunda demandada era por enriquecimiento injusto, en cuanto que había resultado enriquecida como titular de la edificación a la que se había incorporado los materiales suministrados. Alegaba la actora que los suministradores de ambas sociedades serán las mismas personas y que, siendo C.H.C., S.A. insolvente, y habiendo desaparecido de su dominio social, la acción contra la segunda sociedad encontraba su origen en la <<maquinación fraudulenta existente>>. Finalmente, ejercitaba la actora una acción de responsabilidad, al amparo de los artículos 133 y 135 de la Ley de sociedades anónimas, contra los administradores de ambas sociedades, <<como autoridades reales del fraude que denuncia, cual es haber utilizado los administradores demandados una sociedad con capital claramente insuficiente, C,H,. S.A., Con un capital posiblemente no depositado en la caja social y, por tanto, una sociedad ficticia, para concertar importantes contratos de suministro>>.

El juzgado estimo integralmente la demanda, condenando a los codemandados a abonar solidariamente a la corte la suma reclamada, al considerar suficientemente acreditada la realidad de débito, estimó también procedente la responsabilidad de los administradores, por considerar a los artífices de la creación y actuación de las sociedades codemandadas y causantes del perjuicio a la corte, vista la insolvencia de la entidad contratista.

La Audiencia, siendo ponente la señora Keller Echeverría, revocó parcialmente la sentencia del Juzgado, manteniendo la condena de las sociedades demandadas pero absolviendo a los administradores de la pretensión contra ellos ejercitada.

b) DOCTRINA

Sobre la cuestión que aquí nos interesa, la sentencia da por acreditados varios hechos. En primer lugar, la interrelación entre las sociedades codemandadas, por su composición social, identidad de los administradores otros datos como los que a continuación se citan: Las certificaciones registrales revelan que ambas entidad se constituyeron con un mismo objeto social y en fechas próximas; de otro lado, el cese de la actividad de ambas se produce tras la construcción de un determinado edificio; la segunda condenada se sirvió de la primera como contratista en la edificación de la finca, sobre la que aquella ostentaba la titularidad de un 60 por 100; C,H., S.A; en tales funciones, contrató con la actora suministros para esa edificación.

Añade aquí la sentencia:

<< A la luz de lo expuesto, entiende la Sala que, tal y como se produce en la sentencia recorrida por el juzgador de instancia, debe ser de aplicación al presente supuesto la teoría consagrada por el tribunal supremo sobre el Levantamiento del Velo..., pues no cabe reconocer la independencia de responsabilidades cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, se advierte que la creación de entidades mercantiles constituye una simple ficción determinante de un fraude de ley. En el caso de autos, puede perfectamente observarse por las certificaciones registrales y la actividad de una y otra entidad, su identidad; de ahí que, como hace la actora, sea perfectamente posible traer al procedimiento a todas las sociedades intervinientes. En la actividad de las mismas se observa la existencia de un fraude de acreedores y de los demás elementos que configuran la llamada acción revocatoria del artículo 1.111 del código Civil , esto es, existencia de un crédito a favor del accionante y efectiva transmisión de bienes a cargo del deudor a terceros; en el caso presente, C,H. Transmite a C,O., para la casa que construye, los materiales adquiridos a la actora, quien ostenta de esta manera un crédito que la insolvencia de C. H. hacia difícil hacer efectivo, si no es mediante el ejercicio de las acciones pertinentes ya expresadas.>>

Mas adelante, la sentencia se refiere expresamente a la doctrina que nos ocupa, diciendo: << Por otro lado, el ámbito de la doctrina jurisprudencial relativa a la tesis del “Levantamiento del Velo”, ya recogido en el fundamento quinto de la presente resolución, que se conformando con base a doctita de origen anglosajón..., que, el absoluto respeto de la personalidad jurídica de la sociedad anónima traería consigo el perjuicio de terceros o de intereses públicos..., en su formulación mas escrita, la aplicación de esta doctrina conduce a la “desconsideración” de la

personalidad jurídica de la sociedad y hace recaer sobre su base personal y hace recaer sobre su base personal las responsabilidades sociales que aquella no puede afrontar, y tiene una aplicación básica y genérica en la utilización instrumental objetivamente determinable de la sociedad, persona jurídica, violándose con ello obligaciones contractuales, produciéndose dolosamente daños a terceros, siendo tendencia jurisprudencial la generalización del por si excepcional mecanismo. Entiende la Sala que tal teoría, aplicada en el supuesto de la responsabilidad de las entidades demandadas, debe ser apreciada, en cuanto a la acción personal de los administradores, de forma restrictiva y cauta, primando la apreciación de los exigibles requisitos ya apuntados para la estimación y prosperabilidad de tal acción.>>

Interesa advertir que la sala no estimó la demanda contra los administradores, por su posible responsabilidad. Dijo al respecto: << El ámbito de ponderación de dicha prueba lleva a una conclusión en el sentido negativo, por cuanto que de la misma no se extrae que los administradores actuaron con dolo o grave negligencia, sino que lo que se extrae acreditado en una situación de insolvencia, cuyo advenimiento se ha podido deber a múltiples causas o circunstancias, mas no ha acreditado al actor como le incumbía, que la actuación de los administradores tenga una directa relación causal con el impago producido, por cuanto que del hecho de la insolvencia, así como de las sociedades no haya adaptado sus estatutos a la nueva legislación, ni depositado sus cuentas anuales, ni promovido la disolución de las sociedades..., no puede anudarse a ello, causalmente, lesión o perjuicio de forma objetiva, dado que tal operación no supone por si un saldo o situación de liquidez favorable ni excluye la correspondiente participación de otros acreedores>>.

4.3.1.2 Sentencia de 3 de Junio de 1991. Sociedad titular de todas las acciones de otra²⁹⁶.

Esta sentencia constituye un ejemplo de los grupos de sociedades, donde claramente se visualiza una sociedad dominante (*L.L.,S.A.*,) y una sociedad dominada (*A., S.A.*), en virtud del literal “a” del artículo 44.1 del Código de

²⁹⁶ DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. cit., págs. 299-303.

Comercio español, debido a que no solo posee la mayoría de derechos de voto sino que posee la totalidad de las acciones, consecuentemente la primera controla todas las actividades y decisiones de la segunda, por tanto la voluntad de la sociedad controlada es la voluntad de la sociedad dominante, por lo que la dominada no perseguirá sus propios intereses, sino que la actuación de esta estará dirigida a satisfacer intereses agenda a ella, los de su sociedad dominante; consecuentemente la responsabilidad por las obligaciones contraídas por la sociedad dominada serán soportadas por su sociedad dominante, debido a que ha perdido su autonomía, su capacidad de decidir autónomamente se procesos empresariales.

a) ANTECEDENTES.

El asunto debatido se halla perfectamente descrito en el fundamento de derecho primero de la sentencia, que dice:

<< Don Francisco Javier P.A., en su calidad de consejero – Delegado de “L. L., S.A.”, celebros con don Carlos S.M. un contrato de compraventa, que instrumentó en documento privado, por el que el primero enajenaba al segundo una parte de una finca, que se concretó en un plano adjunto al, cuya totalidad pertenecía a “A., S.A.”, en el precio y condiciones que estipularon. El destino de la parte de la finca comprada era el establecimiento de cien parcelas y viviendas unifamiliares. En su cláusula séptima se estipuló que “L. L., S.A.” podrá resolver el presente contrato en que el supuesto de que el ayuntamiento, además de las aportaciones previstas y ya afectadas de hecho, - respecto de los terrenos del campo del fútbol, plaza y viales, exigirá nuevas aportaciones económicas”. También consta en el contrato de la manifestación hecha por el señor P.A. de que la totalidad de las acciones de “A., S.A.”, son propiedad de “L. L., S.A.” mediante compra realizada el 12 de noviembre de 1980 ante Corredor de Comercio.

Tras diversas vicisitudes en la ejecución del contrato en que las partes contratantes y la “A., S.A.”, tuvieron posturas encontradas, de don Carlos S.M. demanda a “L. L., S.A.” y “A., S.A.”, el cumplimiento de lo convenido, otorgando la correspondiente escritura pública, además de otras

peticiones que no que no tienen trascendencia para resolver este recurso. “L. L., S.A” fue declarada en rebeldía y “A., S.A.”, se opuso a la demanda, solicitando su desestimación, ya que no había sido parte en el contrato, y alternativamente, para el supuesto de que así no se considerase, formuló reconvencción pidiendo la resolución del contrato en uso de la facultad que contenía su cláusula séptima.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a la obligación de las demandas de cumplir lo convenido; rechazó la indemnización de daños y perjuicios solicitada por el demandante; declaró no haber lugar a la reconvencción; sin condena en costas para alguna de las partes. Apelada la sentencia por “A., S.A.”, la Audiencia la confirmó integralmente, con imposición de costas a la apelante.

Contra esta última sentencia, “A., S.A.”, interpone recursos de casación fundado en ocho motivos, de los que sólo se han admitido seis (2º, 3º, 4º, 5º, 6º, y 8º), que se pasan a examinar>>.

b) DOCTRINA.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, si bien en un extremo secundario: La corrección de un error de la resolución recurrida, que declaraba al comprador de autos propietario de la totalidad de la finca, cuando en verdad lo era solo de una parte de ella.

La sentencia, de la que fue ponente don Antonio Guillón Ballesteros, gira en torno a tres argumentos para llegar a la desestimación del recurso. El primero consiste en la aplicación de la doctrina de la representación aparente. Se desarrolla en la primera parte del fundamento de derecho segundo. Dice la Sala:

<<Los motivos segundo y tercero del recurso denuncian, al amparo del artículo 1.692.5.º LEC, la infracción de los artículos 1.259 y 1.261.1.º del Código Civil, respectivamente, por entender que el Consejero-Delegado de “L. L., S.A” no tenía poder para concertar la venta de la finca perteneciente a “A., S.A.”.

Estos motivos no pueden aceptarse para casar la sentencia recurrida, ya que en abundante prueba práctica en autos resplandece que don Francisco Javier P. A;

Consejero delegado de "L. L., S.A" a actuado siempre en el tráfico jurídico y ante los organismos oficiales como representante de "A., S.A.", sobre la finca vendida perteneciente formalmente a esta última sociedad, y en este concepto se le ha tenido por tales organismos y personas privadas, sin que conste que en algún momento haya protestado contra esa calificación, ni se haya opuesto los órganos de representación y administración de "A., S.A.", es mas, el presidente y consejero delegado de su consejo de administración ha manifestado que desde de que vendieron los socios la totalidad de las acciones ha "L. L., S.A" han sido los nuevos propietarios los que han decidido sobre la finca, no interviniendo el consejo ni el para nada se ha creado así una representación aparente de "A., S.A.", que no puede ser destruida con efectos retroactivos y mucho menos por el propio señor P.A. al regularizarse la situación social de "A., S.A.", el 19 de abril de 1985 (pese a que "L. L., S.A" compro todas las acciones que componían su capital social el 12 de noviembre de 1985), nombrándose otro consejo de administración y otorgando el nuevo consejero delegado amplísimos poderes, equivalente a los suyos, al citado se señor PA., Que ahorra reunía formal y externamente la cualidad de el consejero de el legado de "L.L.,S.A." y apoderado (de hecho , si fuera el consejero de el legado de "A.,S.A.")

A continuación, la sentencia robustece su decisión al amparo del argumento de la Asunción de contrato (en el mismo fundamento de derecho segundo). Se razona así: <<Desde otro punto de vista, hay que destacar que " A.,S.A." asumió el contrato litigioso, porque : A) el mismo día que el nuevo consejero – delegado de "A., S.A.", le otorga a Francisco Javier P.A. al que acabamos de referirnos(14 de octubre de 1985) a continuación y ante el mismo notario este requiere del comprador recurrido la resolución del contrato de compra venta litigioso, asiendo uso de la facultad que su cláusula séptima deba a "L. L., S.A" interviniendo en el requerimiento dicho señor P.A como representante legal de "L. L., S.A" y A., S.A.", sin que en nombre de esta efectuó la mínima objeción respecto a las obligaciones que par ella suponía tal contrato en cuanto contraído por persona que no tenía la representación legal de la sociedad(folios 92-95). B) La junta general universal de accionistas "L.L.,S.A." ratifico plenamente el 8 de agosto de 1984 el contrato de vena, siendo así que dicha sociedad era la única propietaria de las acciones que componían el capital social de "A., S.A.">>

Por fin, dentro del mismo fundamento de derecho segundo la sentencia acude a una tercera línea argumental, precisamente la del Levantamiento del Velo. También aquí la sentencia se expresa con rigor técnico y precisión.

Dice la Sala:

<<Por último cabe aplicar también para rechazar los motivos la doctrina del “Levantamiento del Velo” de la persona jurídica, acogida por esta sala en abundantes sentencias(S.S. de 28 de mayo de 1984, 27 noviembre 1985, 17 de julio de 1987, 29 de abril y 13 de Mayo de 1988, entre otras), que proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros y escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos. En la situación jurídica originada por la reunión en una sola mano de todas las acciones de una sociedad, que legalmente no es causa de disolución de la misma, es más fácil perpetrar este abuso, pues el socio único tiende a comportarse como si los bienes de la sociedad fuesen suyos y los terceros que contratan con él sobre ellos tampoco suelen preocuparse de más por que su voluntad es la voluntad social. En realidad, tanto uno como otros acostumbran a prescindir de los órganos sociales de representación, ya que o bien la tiene el socio como administrador único o bien u otras personas físicas que son nombradas y cesadas a voluntad del mismo. En el caso de autos. A., S.A.”, es una sociedad anónima cuyas acciones fueron adquiridas en su totalidad por “L.L.,S.A.” en 1980, situación en la que seguían al instrumentarse el contrato de compraventa litigioso y sin que en el pleito se haya intentado probar que dicha situación jurídica haya variado “L.L.,S.A.” disponía de la finca vendida, formalmente de A., S.A.”, como propia en el tráfico jurídico. Al pertenecer A., S.A.”, que prevalezca su personalidad jurídica sobre la de sus componentes- “L.L.,S.A.”-, se defraudan los derechos del comprador recurrido, pues sería tanto como permitir una vulneración del artículo 1.256 del Código Civil, ya que “L.L.,S.A.”, que otorgó el contrato como vendedora, lo dejaría sin efecto unilateralmente, envuelta ahora su voluntad bajo la personalidad jurídica de A., S.A.”, que utilizan para manifestarse en contra de su validez y vigencia. En otras palabras, contrata “L.L.,S.A.”, pretende alegar que no consintió. Es claro que este abuso de la personalidad jurídica en perjuicio de los terceros no puede ser amparado.

4.3.1.3 Sentencia Koner Sa S/Quiebra S/Incidente de Extension de la Quiebra A Sudamtex Sa²⁹⁷.

El presente fallo data del año 1998, Mediante este interesante fallo se explicará prácticamente el procedimiento contenido en La Ley de Concursos y Quiebras de Argentina, referido a la extensión de la quiebra decretada de una empresa a otras, con las cuales la primera se encuentra vinculada de tal forma que entre todas ellas forman una agrupación económica encaminada a obtener beneficios económicos comunes bajo una dirección unificada.

a)El Fallo

La existencia del denominado grupo "*Koner-Salgado*" surge claramente en las constancias de la causa iniciada por la Dirección General Impositiva, caratulada "*DGI s/denuncia de defraudación*".

Allí se mencionan los siguientes indicadores de la unidad socioeconómica:

- 1) Un verdadero grupo económico cuya dirección unificada se atribuyó a Héctor Salgado, presidente de Koner SA juntamente con Wilfredo Harrington.

- 2) La compra de empresas con dificultades económicas, entre ellas Sudamtex Textil Sudamericana SA, por parte de Koner SA (sociedad "holding") o de otras empresas del grupo, o de los distintos imputados en aquel juicio. A partir de su ingreso realizaban abultadas operaciones comerciales que resultaban ficticias.

- 3) La concentración de la actividad del grupo en la generación espuria de crédito fiscal, descuidando o abandonando la actividad propia de las empresas.

- 4) La centralización de la contabilidad de las empresas en Buenos Aires en el mismo estudio contable.

²⁹⁷ DUER, Gabriela J. "Extensión de la Quiebra", Revista Doctrina Societaria de Errapar, Tomo XII, N° 159, Argentina, 2001.

5) La interrelación de las empresas simulando compras, ventas, exportaciones, importaciones y explotación minera para crear crédito fiscal espurio.

6) Representación por los mismos apoderados.

7) Mismos domicilios legales.

8) Modificaciones en los activos y pasivos como consecuencia de las operaciones simuladas. Se analizaron 241 hechos falsos que determinaron créditos fiscales por valor de aproximadamente \$ 280.000.000. *Si se tiene en cuenta que el crédito fiscal es un porcentaje muy inferior al monto de esas operaciones simuladas, cabe concluir que "la alteración de los valores patrimoniales" fue de tal magnitud que debió necesariamente haber superado los \$ 2.000.000.* Para la realización de las operaciones comerciales antedichas se valieron de regímenes promocionales: la ley de promoción para actividades en el ex Territorio de Tierra del Fuego; la ley de promoción minera y las resoluciones (DGI) y de compensación y transferencia de créditos fiscales.

9) En la operatoria de obtención de crédito fiscal espurio se advirtieron varios rubros:

- a) venta de producción futura;
- b) comercialización de madera lenga;
- c) comercialización de madera nativa;
- d) importación y exportación de maquinarias;
- e) extracción y comercialización del mineral bentonita, etc.

Participando en cada rubro diversas sociedades. *Cabe aclarar que a todas ellas se les extendió la quiebra de Koner SA con formación de masa única.*

b) Prueba.

En la prueba documental proveniente de la causa penal, Sudamtex Textil Sudamericana SA figura en la denuncia de la Dirección General Impositiva como sociedad de producción real adquirida por el grupo para otorgarle la faz de realidad que su inexistente producción les impedía atribuirse.

Al dictar el auto de prisión preventiva de Héctor Salgado, el doctor Del Castillo (Juez) refirió la denuncia de que "*Sudamtex SA habría participado en las maniobras realizadas con exportaciones de maquinarias, en las que a través de las ventas de telares 'entre ellas' incrementaban veintidós veces su valor*".

Salgado declaró que las maquinarias eran originalmente de Sudamtex SA y que la membrana aislante geotextil se fabricaba en Sudamtex SA. Al mismo se le imputó haber realizado por la Empresa Sudamtex SA trece declaraciones juradas falsas por \$ 6.324.162.

La inserción de Sudamtex SA en la "maniobra que groseramente incrementó a \$ 47.000.000 el valor de la maquinaria 'dejada a la intemperie'" se suma a las explicaciones que diera Harrington (socio de Salgado) en la quiebra de Sudamtex SA "respecto al obsoleto estado de la maquinaria en cuestión".

El Juez doctor Ricardo G. Weechler, en el auto ampliatorio de la prisión preventiva de Héctor Salgado, la mencionó incorporada a la primera faz expansiva del grupo, como empresa con pasado productivo real, pero con serias dificultades financieras y elevadas deudas fiscales y bancarias. Mencionó la operatoria con máquinas con supuesto origen en Sudamtex SA, y los grandes aportes efectuados por la Empresa Name (otra de las sociedades del grupo) para el funcionamiento de Sudamtex SA.

c) Existencia de Confusion Patrimonial Inescindible²⁹⁸.

El pedido de extensión de la quiebra se fundó en las previsiones del Art. 161 N° 3, de la LCQA²⁹⁹, ya que Koner SA sería titular de las acciones de la mayoría de las empresas. Así, la

²⁹⁸ DUER, Gabriela J. "Extensión de la Quiebra", Revista Doctrina Societaria de Errapar, Tomo XII, N° 159, Argentina, febrero 2001.

²⁹⁹ Art. 161 LCQA--*Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial.* La quiebra se extiende:
1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores. 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante:
a) Aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social;
b) Cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.
3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

quiebra se extiende a toda persona respecto de la cual "existe confusión patrimonial inescindible que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos"

La norma citada permite, con mayor precisión, admitir la extensión de la quiebra no sólo en los supuestos de hecho objetivo de la confusión patrimonial, sino también en los casos de actuación diferenciada aparente de sociedades en las que es necesario acudir a la "teoría de la penetración de la personalidad" para descubrir la unidad de persona y de patrimonio.

Definitivamente se trata de supuestos en donde ni aun con una enorme labor de investigación pueden diferenciarse los patrimonios.

La confusión patrimonial que exige la ley, no es de índole contable. Por otro lado se han señalado como hechos reveladores de la confusión patrimonial, a los siguientes:

a) Utilización común de los ingresos sin respaldo real en la evolución de las cuentas corrientes mutuas. Supuesto muy común, pues se recurre al respaldo promiscuo de los ingresos con el objeto de superar las limitaciones crediticias o de captación de recursos impuestas por la entidad del patrimonio.

b) Mancomunación o solidarización de pasivos sin contrapartida.

c) Afianzamiento sistemático de obligaciones comerciales y financieras.

d) Derivación de operaciones comerciales hacia regímenes de promoción, reintegros o créditos fiscales. De este modo se opera a través de tercero para poder aprovechar los beneficios de que éste goza, y se desarrolla el objeto social o la actividad comercial por su intermedio, pero por cuenta propia.

e) Utilización de sistemas de caja única, en el sentido técnico y no físico.

f) Adquisición interpuesta de bienes de uso o de cambio para la utilización exclusiva de los mismos y en el solo interés de la otra persona.

g) Derivación arbitraria de ganancias y pérdidas a efectos de fiscales o de resultado.

h) Concesiones mutuas de préstamos de dinero en desproporción a la cantidad de repago o al patrimonio. Como quedó probado en esta causa, Sudamtex Textil Sudamericana SA participó activamente de la operatoria del grupo económico llamado "Koner Salgado", en tanto intervino, cuanto menos contablemente en la cadena de exportación de maquinarias y en el circuito textil, en la cual resultaba espurio el crédito fiscal.

Esta integración de Sudamtex SA como mero eslabón de una operatoria mayor, priva a esa sociedad de la individualidad propia de una persona jurídica autónoma. *Como consecuencia de la pérdida de la identidad, Sudamtex SA quedó "confundida dentro de la operatoria económica" que no dirigió, y que sólo fue encaminada al beneficio patrimonial de la sociedad holding, o en definitiva de las personas físicas que la dirigían.*

En el incidente de extensión de la quiebra de Koner SA a Sudamtex SA, se demostró claramente que la demandada integró un grupo económico dedicado a obtener crédito fiscal espurio por grandes sumas, actuando dividido en "distintos rubros".

Estableciéndose respecto de los créditos fiscales indebidamente obtenidos, que los mismos eran de tal magnitud que su incorporación en los activos societarios provocaron necesariamente una confusión patrimonial inescindible. El síndico de la quiebra de Koner SA pidió la extensión de la quiebra a Sudamtex SA y adujo que la desviación del fin societario hacia una actividad ilícita, imponía correr "el velo jurídico" del ente aplicando la teoría del "*disregard of legal entity*" para evitar el uso de la limitación de la responsabilidad con fines no queridos por la ley. La confusión patrimonial inescindible, a los efectos de la ley de concursos, es reputada lícita por la legislación "*mientras no sea utilizada para contrariar o desviar los fines tenidos en mira por la ley para permitirla*".

La extensión encuentra su fundamento en la comunicación de responsabilidades que genera el ilícito, creando una solidaridad pasiva: el ilícito es la causa de la extensión de la quiebra. Es, tanto una sanción al abuso de la

personalidad jurídica como la necesidad de determinar el sujeto real de la equivocación, la aplicación de los principios de derecho común relativos a la simulación, o de la renuncia tácita a la responsabilidad limitada.

De no haberse regulado la extensión de la quiebra, en el supuesto de análisis, y bajo el régimen de masa única, los acreedores en lugar de disputar la legitimidad y validez de sus créditos frente a la insinuación en el pasivo del fallido, y en condiciones de igualdad, quedarían a merced de las decisiones operativas del propio deudor y de las formas instrumentales utilizadas para tal fin.

4.4 Infracapitalización.

La Infracapitalización se presenta, cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. El desarrollo de esta nueva conducta ha generado dos tipos de infracapitalización siendo estos los siguientes:

- I. *Infracapitalización material*: se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social ni por la vía de una capital de responsabilidad, ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos. Faltando así recursos propios como ajenos a la sociedad³⁰⁰.

³⁰⁰ BOLDON RODA, Carmen Ob. cit., pág. 426. La Infracapitalización se ha convertido en el mundo económico actual en la amenaza latente para los acreedores o terceros involucrados en las relaciones comerciales de las sociedades con responsabilidad limitada, haciéndose necesario ante esta conducta la aplicación de La Doctrina del Levantamiento del Velo.

La responsabilidad por infracapitalización material es directamente a los socios o accionistas de las sociedades, concretándose con la pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada. Este tipo de sanción tiene su fundamento al establecer que la limitación de la responsabilidad solo adquiere sentido a través de la construcción simultánea de un patrimonio de responsabilidad que sustituye la responsabilidad del socio³⁰¹, y con ello protegiendo directamente los derechos de terceros.

Si los socios no dotan a la sociedad del capital necesario, estos “*abusan de la institución del capital social*”, quedando con ello el privilegio de la responsabilidad limitada sin fundamento, teniendo como mayor consecuencia la pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada y con ello responder ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad.

El *Levantamiento del Velo* se convierte en estos casos en un remedio excepcional, al que se recurrirá cuando se observe que la capitalización de la sociedad se manifiesta desproporcional al nivel del riesgo de la empresa para la explotación del objeto social; Esta reparación tiene como objeto favorecer a los acreedores extracontractuales, por carecer estos de las posibilidades necesarias de informarse sobre los estados financieros de la sociedad, y de protegerse de los riesgos que tiene la Infracapitalización, caso contrario sucede con los acreedores financieros

³⁰¹ la decisión político-jurídica de establecer un capital mínimo resulta por si sola insuficiente, tanto en materias de sociedades de responsabilidad limitada como en relación con las sociedades anónimas; esta regla básica debiera venir acompañada de un régimen capaz de garantizar que el privilegio de la responsabilidad limitada, reconociéndose a quienes estén en condiciones de contar con un patrimonio de explotación adecuado, ya que de lo contrario la limitación del riesgo empresarial se convertirá en un puro mecanismo de desplazamiento de ese mismo riesgo a terceros.

(entidades bancaria y financieras) a quienes el *Levantamiento del Velo* no será aplicable³⁰².

Para un sector doctrinal³⁰³, La Infracapitalización no representa tanto un abuso de la personalidad jurídica de la sociedad, en cuanto a un incumplimiento de los presupuestos del privilegio de la responsabilidad limitada de los socios, sin que de ello se derive perjuicio alguno para la autonomía e individualidad de la sociedad. No se trata de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, sino de evitar en el caso concreto un resultado contrario al fin de la limitación de la responsabilidad por deudas sociales.

- II. *Infracapitalización Nominal*: esta se da cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondo propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios. Este tipo de Infracapitalización requiere de la recalcificación por parte de la ley o de los tribunales, de los recursos aportados en conceptos de créditos, como fondos o capital propios³⁰⁴.

³⁰² Como aspecto limitante a la aplicación de la doctrina del Levantamiento del Velo, es que en ningún caso podrá hacerse uso de ella para instrumentar un control previo de la capitalización de las sociedades, tendrán que realizarse a *posteriori*, cuando el acreedor se haya visto defraudado por la insuficiencia de capital.

³⁰³ BOLDO RODA, Carmen Ob. cit., págs., 449 y 450. se estaría defendiendo de esta forma aquellas posturas que propugnan la interpretación finalista de las normas como criterio fundamental para la superación de concepciones formalistas de la persona jurídica.

Debe establecerse los presupuestos sobre los que se basaría la pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada, que serían por una parte, un concepto de infracapitalización que goce de las cualidades de justiciabilidad y predictibilidad que exige la seguridad jurídica, y por otra parte el establecimiento de los criterios de imputabilidad de la infracapitalización, diferenciando aquellos socios que tengan alguna posibilidad de influir en la dotación de medios propios a la sociedad de los que carezcan de ella.

³⁰⁴ BOLDO RODA, Carmen Ob. cit., pág. 426.

Los socios en vez de financiar la sociedad mediante los convenientes aumentos de capital, optan por llevar a cabo la financiación por medios de créditos o préstamos que ellos mismos conceden a la sociedad, para beneficiar de la condición de acreedores en las situaciones de suspensión de pagos o quiebras³⁰⁵. Los socios-acreedores tienen así la posibilidad de hacer valer su derecho sobre el patrimonio deudor en concurrencia con los demás acreedores, estos préstamos constituyen el pilar de una construcción impropia que se rige por principios jurídicamente incompatibles: maximización del beneficio y minimización del riesgo.

La sanción para la Infracapitalización nominal es la postergación de créditos, encaminada precisamente a la protección de dicha confianza, decretando la responsabilidad de los socios en una situación de crisis; esta se establece a través de la *responsabilidad por culpa*, de este modo cuando concurren las circunstancias se impondrá sobre los socios la responsabilidad extracontractual por los daños causados por la infracapitalización,

En España, la cifra mínima de capital nominal exigida para la constitución de una sociedad anónima según el Art. 4 de la LSAE³⁰⁶ es de diez millones de pesetas; fuera de lo dispuesto en dichas normas, no existe precepto alguno que limite la libertad de los socios fundadores para determinar la cifra concreta de capital social, ni que establezca la obligación de éstos de establecerla de conformidad con las necesidades financieras de la empresa social, prohibiendo

³⁰⁵ BOLDO RODA, Carmen Ob. cit., pág. 429.

³⁰⁶ Art. 4 LSAE. Capital mínimo.
El capital social no podrá ser inferior a diez millones de pesetas y se expresará precisamente en esta moneda.

la infracapitalización material de la misma. Sin embargo, ello no impide que el deber de los socios de procurar una adecuada capitalización de la sociedad esté reconocido a nivel normativo, aunque sea casi imposible fijar con criterios apriorísticos cuales son las necesidades financieras de una determinada actividad empresarial.

Lo importante para determinar si se puede aplicar *Levantamiento del Velo* es la función de garantía del capital social; debido a que la limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social, y en que éste se preserve conforme a las normas de defensa del capital necesario, para no abusar de la institución del capital social y para que el privilegio de la limitación de responsabilidad del que disfrutan quede sin fundamento, trayendo como consecuencia que respondan ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad de las deudas de la misma.

Así corresponderá a los tribunales, mediante la aplicación de esta Doctrina, decretar dicha responsabilidad ilimitada; pero se advierte que se trata de un remedio excepcional al que debe de recurrirse en aquellos casos límite en que se observe que la capitalización de la sociedad es manifiestamente y sin asomo de duda desproporcionada al nivel de riesgo de la empresa programada para la explotación del objeto social; aplicándola a favor no de los acreedores financieros, sino sólo respecto de los acreedores extracontractuales y de los llamados “acreedores ignorantes” a los que no se hubiera avisado oportunamente.

Es necesario tener en cuenta que la aplicación de *la Doctrina del Levantamiento del Velo* en los casos de infracapitalización material nunca podrá ser utilizada para instrumentar un control previo de la capitalización de las

sociedades, debido a que este control sólo podrá tener lugar *a posteriori*, cuando el acreedor se haya visto defraudado por la insuficiencia del capital social.

La infracapitalización no representa tanto un abuso de la personalidad jurídica de la sociedad, sino un incumplimiento de los presupuestos del privilegio de la responsabilidad limitada de los socios de la sociedad, sin que de ello se derive perjuicio alguno para la autonomía e individualidad jurídica de la sociedad; no se trata de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades sino de aplicar el Art. 1 de La LSAE³⁰⁷, para evitar en el caso concreto un resultado contrario al fin de la limitación de la responsabilidad por deudas sociales. Se estaría defendiendo, de esta forma, aquella postura que propugna la interpretación finalista de las normas, como criterio fundamental para la superación de concepciones formalistas de la persona jurídica³⁰⁸.

En Argentina se considera que habrá Infracapitalización *sustancial* o *material* cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos necesarios para afrontar el giro social; y habrá infracapitalización *nominal*, cuando los socios suministran los recursos necesarios para el giro en cantidad suficiente pero bajo un título diverso del correspondiente de *aporte* que corresponde a su condición de tales. Es decir que los accionistas en lugar de contribuir a la conformación y aumento del capital social hasta los niveles operativos exigidos utilizando el mecanismo natural que es el incremento en el capital, recurren a proveer los recursos mediante créditos o préstamos por ellos mismos generados a favor de la sociedad de modo que, en caso de crisis, concurso, o

³⁰⁷ Art1 LSAE. Concepto. En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales

³⁰⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 450.

quiebra podrán acceder como acreedores al recupero de dichos recursos en lugar de que los mismos queden subordinados al pago del resto de los acreedores sociales; como ocurre con los aportes que han conformado el capital social.

Tanto en uno como en otro caso, el peligro sobre el que advierte la doctrina más favorable a sancionar la infracapitalización es el de hacer recaer en los acreedores el riesgo empresarial; en una sociedad que se encuentre en tal situación, los eventuales beneficios serán para los socios, mientras que las pérdidas recaerán sobre los acreedores sociales. Para quienes desean reprimir la infracapitalización, la solución vendría de la mano de exigir responsabilidad a los socios, si bien el alcance de tal exigencia variaría según los supuestos. Ello es porque, si bien el origen de la distorsión es el mismo “*inadecuación de la conformación del capital social a su función específica*” lo cierto es que los remedios para prevenir y sancionar la desviación pueden ser distintos.

Así la doctrina nacional y extranjera muestra una tendencia a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, descorrimiento del velo societario o *Disregard of the Legal Entity*.

4.4.1 La Jurisprudencia Judicial y Administrativa Argentina en Materia de Infracapitalización de Sociedades Comerciales³⁰⁹.

Sentencia Veca Constructora S.R.L.

En aquellos casos en que los tribunales Argentinos han debido intervenir por el planteamiento de este problema *subcapitalización sustancial o*

³⁰⁹ www.cpacf.org.ar. consultada el día 18 de agosto de 2006.

capitalización insuficiente la posición de los mismos ha sido diversa, en razón de los diferentes supuestos de hecho en los cuales debieron pronunciarse. Primeramente nos ocuparemos de casos en los cuales se ha tratado aunque sea indirectamente la infracapitalización *sustancial*, para luego abordar antecedentes sobre la infracapitalización *nominal*.

<<En el primer caso recordado, "Veca Constructora S.R.L.", el tribunal sostuvo que un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad *ex origine* de cumplir con el objeto que debe ser por esencia fácticamente posible.

Las conclusiones del fallo, a través del desarrollo de los argumentos del tribunal, son realmente interesantes, motivo por el cual los resumiremos a continuación.

1. Imposibilidad de cumplimiento del objeto social. Si el objeto social define el conjunto de actividades que los socios se proponen cumplir bajo el nombre social, guarda entonces relación de necesaria proporción con el capital en tanto que conjunto de aportes de los socios, ordenados a la consecución de dicho fin, de lo que se sigue que un capital desproporcionadamente reducido en su magnitud, determinará la imposibilidad "ex origine" de cumplir el objeto que es la base de constitución de la sociedad.
2. Vigencia del principio de realidad. El eventual despliegue parcial y sucesivo de la actividad comprendida en el objeto social de la sociedad cuya inscripción se pretendía, no puede constituir un modo de eludir el análisis de la realidad en la constitución del ente, particularmente referido en el caso. La posibilidad de cumplir el objeto atento el ínfimo capital que se asignaba al ente. Lo contrario importaría la posibilidad de constituir una sociedad parcialmente ficticia, ya que ello estaría implícito en haber atribuido un objeto en parte tan imposible, que fuese necesario primero circunscribirse a la otra parte y con el producido acometer la plenitud de la empresa social.
3. El principio de "posibilidad" en los hechos jurídicos. Es cierto que la materia mercantil es autónoma y dentro de ella constituye un universo sistemático la ley societaria, pero de ello no se sigue que quepa prescindir, en la interpretación judicial, de la consideración del derecho como unidad, incluso por observancia de los Arts. 1 del título

preliminar y 207 del C.Com.³¹⁰. Y si la sociedad es un contrato o, al menos, especie de los actos jurídicos. verdadero principio general de derecho-, en cuyos términos el objeto de dichos actos deben ser hechos posibles.

4. Capitales ínfimos. No resulta inconveniente denegar la solicitud de inscripción del acto constitutivo de una sociedad en razón de la insuficiencia del capital pactado para cumplir el objeto social que se estatuye, la circunstancia de que la ley de sociedades comerciales no haya reeditado para las sociedades de responsabilidad limitada, como la comprendida en el fallo el requisito de capital mínimo contenido en la ley 11.645³¹¹. Aunque la Exposición de Motivos de la ley nada diga al respecto, de la referencia a una mayor amplitud no se sigue necesariamente que ésta comprenda la permisibilidad de capitales ínfimos.
5. Alcance del análisis del registrador. Frente al irrisorio capital pactado de la sociedad que se pretendía inscribir, en relación al objeto fijado para el ente, aun cuando el decurso posterior de la vida societaria determinara el desdoblamiento de los rubros capital y patrimonio, no coincidentes, con el más que probable incremento del patrimonio concebido como activo social fijo- por sobre el capital, con la consecuencia de responder la sociedad ante los terceros y cumplir el objeto más bien con el patrimonio que con el capital, también es cierto que el juez de registro es juez de la legalidad de la constitución social³¹², en cuyo momento capital y patrimonio coinciden.
6. Carácter instrumental de la figura societaria. La sociedad tiene un sentido instrumental; responde a un determinado intento empírico, real y actual de los socios; mientras que la ausencia de un sentido finalista inmediato es lo que descalifica a la denominada sociedad "predispuesta", circunscripta a la mera forma legal exigida, que se agota en la inscripción registral para atribuir después la estructura a una empresa que incluso se

³¹⁰- Art. I Título preliminar C. Com. de Argentina.:

I. En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.

II. Art. 207 C.Com.- El derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales.

³¹¹ La ley 11.645 regula el funcionamiento de las sociedades de responsabilidad limitada en las que los socios colectivos tan sólo responden del capital aportado según la escritura de constitución. Estas sociedades deben preceder o suceder el nombre o título de la misma con el aditamento de "responsabilidad limitada".

³¹² Art. 6 LSCA.- El Juez debe comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales. En su caso dispondrá la toma de razón y la previa publicación que corresponda.

individualizará económicamente "ex post facto". Aun cuando ésta no sea la situación de la sociedad que se pretende inscribir, la declinación del juzgado de registro en el control acerca de la posibilidad de cumplimiento del objeto social, atento al ínfimo capital que se estatuye, conduciría inevitablemente en general, a tan disvaliosa consecuencia.>>

4.4.1.2 Sentencia “Ceretti C/ Ditto”

En el segundo caso que se refirió al tema, “*Ceretti c/ Ditto*”, el tribunal señaló que correspondía extender la responsabilidad a la sociedad controlante por las deudas de la controlada al darse por acreditadas dos situaciones que significaban una clara violación de la buena fe mediante la indebida utilización de la persona societaria. En el primer punto se acreditó en el caso –a criterio del tribunal- la confusión de los administradores y, en el segundo punto, se probó la insuficiente capitalización de la sociedad controlada, que pasaba a ser una sociedad fantasma, sin patrimonio que respaldara sus operaciones frente a los acreedores. En este sentido, el tribunal manifestó que el principio de la responsabilidad limitada de una sociedad anónima, presupone, que la misma deba contar con un capital adecuado para cumplir su objeto. Si la sociedad controlada aparece sostuvo el tribunal frente a terceros sin patrimonio que respalde sus operaciones y su personalidad ha constituido un mero recurso para violar la buena fe o para frustrar los derechos de terceros las consecuencias de la configuración de tales supuestos serían las siguientes:

- a) Imputación de la actuación de la sociedad directamente a los controlantes;
- b) La responsabilidad solidaria e ilimitada de los mismos por los perjuicios causados.

Como podemos advertir, en ninguno de estos dos casos se conformó un supuesto típico de infracapitalización, sino que en ambos casos la presunta infracapitalización constituyó una vía indirecta que condujo a otra causal diferente: en el primero de los casos se trató de una suerte de *imposibilidad de cumplimiento del objeto social* y, en el segundo, la aplicación lisa y llana de la figura de *La Inoponibilidad de la personalidad jurídica*.

4.4.2 Casos de Infracapitalización Nominal³¹³.

4.4.2.1 Sentencia El Palacio del Fumador.

En el caso "*El Palacio del Fumador S.A. s/ Quiebra*", el tribunal sostuvo que debía considerarse aporte de capital y no mutuo la entrega de dinero a la sociedad por quien se desempeñaba como socio administrador si, a pesar de no cumplirse con las formalidades del aumento de capital, mediaron en el acto elementos propios de la relación societaria; expectativa en la ganancia que pudiera arrojar la actividad social por el refuerzo financiero y vigilancia en el control de la inversión por el aportante.

4.4.2.2 Sentencia Electromecánica Na-Riel SRL.

Asimismo, en el caso "*Electromecánica NA-RIEL SRL s/ Quiebra*" donde se pretendía hacer pasar por mero préstamo o aporte que podía revocarse la incorporación de un bien inmueble al patrimonio societario, el tribunal sostuvo que la sola incorporación de un bien inmueble en el balance no es suficiente para acreditar la existencia de un aporte irrevocable. El único medio que exterioriza la situación jurídica de un inmueble son los certificados emanados del Registro de la Propiedad Inmueble. La estipulación a favor de terceros requiere de la aceptación de éste, y la ley de Sociedades Comerciales contiene normas expresas para el caso de aportación de bienes inmuebles, de donde el tribunal recalificó el acto.

4.4.3 Casos Recientes

Con referencia a casos recientes que puedan mencionarse debe destacarse que desde la óptica de los tribunales comerciales ha existido una tradicional resistencia en adentrarse en estos temas, habiendo quedado el tema reservado a los tribunales laborales los que se han ocupado del tema cuando se han enfrentado a situaciones de falta de recursos por parte de las sociedades

³¹³ www.cpacf.org.ar consultada el día 18 de agosto de 2006.

involucradas para hacer frente a las condenas. Sin embargo debe destacarse que la cuestión sigue siendo al menos en jurisprudencia controvertida.

4.4.3.1 Sentencia “Salazar c/ Forestal El Milagro”³¹⁴.

a) Antecedentes.

Este precedente jurisprudencial trata de un conflicto laboral en el que se extendió la responsabilidad al socio de la sociedad de responsabilidad limitada demandada, que giraba en plaza bajo la denominación de Forestal El Milagro S. R. L.

El conflicto laboral se desencadenó por un pedido de licencia, por enfermedad de un familiar el hijo del actor, que efectuó el trabajador y que en principio le fue concedida por el término de sesenta días pero que, al solicitar el trabajador una prórroga a dicha licencia, la sociedad empleadora y demandada en autos no se la concedió, terminando la relación laboral con el despido del actor.

Durante el término que duró la relación laboral, el trabajador se había desempeñado para un mismo establecimiento comercial que a lo largo del tiempo fue cambiando sucesivamente de razón social, permaneciendo en manos de los mismos propietarios y que en los últimos años de la relación laboral había sido transferido a una sociedad de responsabilidad limitada denominada Forestal El Milagro S.R.L. conformada por personas de una misma familia. Si bien en el fallo, solamente se condenó a la sociedad que resultó adquirente del fondo de comercio transferido, es importante tener presente la circunstancia familiar relatada precedentemente, ya que al momento de sentenciar, el tribunal puso de manifiesto la misma para extender la responsabilidad al socio, por el hecho de que el establecimiento comercial para el cual se había desempeñado el actor, había pertenecido siempre a la misma familia.

Sin embargo, como al momento de iniciar su demanda, el trabajador eligió demandar a la última sociedad que había resultado su empleadora Forestal El Milagro S.R.L, juntamente con uno de los socios que conformaban dicha sociedad, y las personas que habían sido

³¹⁴ [www.unifr.ch/derecho penal](http://www.unifr.ch/derecho%20penal) Consultada el día 18 de agosto de 2006.

demandadas, se condenó únicamente a la sociedad sucesora extendiéndose la responsabilidad al socio de ésta que fuera demandado.

En relación con el tema que estamos abordando, cabe señalar que, en el caso y según reza el fallo, se habría acreditado con la documentación obrante en la causa inventario, cláusula sexta del contrato social y dictamen del contador actuante que al transferirse el fondo de comercio, la sociedad que había adquirido el mismo, había integrado su capital social sólo con los bienes que poseía la sociedad transmisora del fondo de comercio.

Teniendo en cuenta que, en las sociedades de responsabilidad limitada, el capital social es de fundamental importancia, como garantía de los terceros, ya que éste constituye la medida de la responsabilidad de los socios y su limitación, en el caso en análisis se extendió la responsabilidad a los socios al socio demandado, imputándosele responsabilidad solidaria e ilimitada, ya que estos *garantizan ilimitada y solidariamente a los terceros la integración de los aportes y la efectividad y el valor asignado a ellos*³¹⁵.

b) DOCTRINA DE LA SALA.

El Tribunal siguiendo la abundante doctrina societaria que sostiene dicho principio, puso en práctica el principio establecido por el art. 150 de la LSCA. En este sentido, destacada doctrina señala que *“el capital, particularmente en la sociedad de responsabilidad limitada, debe ser suficiente para posibilitar el cumplimiento del objeto social y no erigirse constitutivamente en una causal de disolución. Ese capital, conformado por el conjunto de aportes efectuados por los socios, reviste en este tipo social –habida cuenta de la responsabilidad limitada de sus integrantes especial importancia, al constituir la garantía para los terceros que se vinculan negocialmente con la sociedad”*.

³¹⁵ Art. 150 LSCA.- Los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes. Sobrevaluación de aportes en especie. La sobrevaluación de los aportes en especie, al tiempo de la constitución o del aumento de capital, hará solidaria e ilimitadamente responsables a los socios frente a los terceros por el plazo del artículo 51, último párrafo. Transferencia de cuotas. La garantía del cedente subsiste por las obligaciones sociales contraídas hasta el momento de la inscripción. El adquirente garantiza los aportes en los términos de los párrafos primero y segundo, sin distinciones entre obligaciones anteriores o posteriores a la fecha de la inscripción. El cedente que no haya completado la integración de las cuotas, está obligado solidariamente con el cesionario por las integraciones todavía debidas. La sociedad no puede demandarle el pago sin previa interpelación al socio moroso. Pacto en contrario. Cualquier pacto en contrario es ineficaz respecto de terceros.

El fallo puso énfasis en el hecho de que si bien la ley de sociedades comerciales carece de una norma de carácter general que imponga la exigencia de la adecuación del valor del capital social a la naturaleza del objeto de la sociedad, de modo tal que éste asegure a los terceros la función de garantía que le asigna la ley, esta circunstancia dio origen a la existencia de pacífica doctrina y jurisprudencia afirmando que el capital social debería adecuarse al objeto social.

Se destaca en el fallo que el supuesto de insuficiencia del capital social, se verifica cuando se está frente a una situación en la cual los socios no dotan a la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial, de los recursos patrimoniales necesarios para aplicarlos al giro social y al cumplimiento del objeto social, de manera de evitar la insolvencia de la sociedad. Por ello, el fallo sostiene que: *“la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de su actividad empresarial, es la mejor manera de evitar la insolvencia de la misma, atento a que la sociedad cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”*.

El hecho de que la sociedad se haya visto enfrentada a una causal de disolución por pérdida del capital social pasados nada más que cinco años desde su constitución, cuando en realidad ésta había sido constituida por un plazo de duración de cien (100) años, puso de manifiesto, a criterio del tribunal, que la sociedad desde su constitución había sido infracapitalizada.

El fallo pone en evidencia esta situación y manifiesta que si, al presentarse en juicio, la sociedad demandada, por medio de su socio gerente manifestó, sin interés de defensa alguna, que todos sus bienes han sido subastados, lo cual revela una generación de pasivos imposibles de ser afrontados con las disponibilidades propias del giro, responde a la categoría de sociedad “infracapitalizada” y que dicha sociedad sólo habría sido constituida como un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, desde que esa infracapitalización importaba una desviación que permitía a los socios escudarse en el beneficio de la limitación de la responsabilidad para eludir su obligación de responder”.

4.4.4 Algunos Casos que Rechazan la Infracapitalización³¹⁶.

- I. “*Cereales Magdalena S.R.L. s/ quiebra c/ Ianover, R, y otros*” pronunciándose en contra del criterio sostenido por el Fiscal de Cámara, el tribunal interviniente rechazó la imputación de responsabilidad bajo el argumento de infracapitalización en un caso en el cual en el marco de una quiebra los socios de una sociedad de responsabilidad limitada fueron condenados a cancelar las obligaciones de la sociedad fallida en virtud de una cláusula contractual que les imponía, para el supuesto de liquidación voluntaria, contribuir para satisfacer las deudas sociales.
- II. “*Torres, N. c/ Luz Verde S.R.L.*”, contrariando igualmente el dictamen del Procurador General, no hizo lugar a la invocación de que la infracapitalización de una sociedad, así como la falta de colaboración por parte de los demandados, hubieran impedido tener por acreditada la responsabilidad económica de la SRL en el caso bajo análisis. De igual modo, el Corte provincial enfatizó siguiendo el criterio sostenido por la Corte nacional en el *leading case* “*Palomeque*” que la aplicación de cualquier régimen de responsabilidad sobre la base de lo prescripto por el art. 54, tercer párrafo de la ley de sociedades comerciales, debe ser restringida al supuesto verdaderamente excepcional de creación y utilización del ente societario con el propósito de violar la ley, el orden público, la buena fe o los derechos de terceros, debiendo además interpretarse dichas situaciones en forma restrictiva, es decir, a favor de la no extensión de la responsabilidad en caso de duda.

Para fundar la afirmación, la Corte provincial se asienta en la opinión de Foglia, quien sostiene que *"si bien hay un interés en combatir y erradicar el empleo no registrado o defectuosamente registrado, también hay un interés general en el sistema societario, uno de cuyos pilares es la personalidad jurídica atribuida a los entes colectivos. Y cada uno de dichos ámbitos tiene las herramientas propias y específicas para combatir sus propias patologías, resultando un despropósito arrasar con los pilares de un sistema jurídico para intentar solucionar los problemas particulares y propios que plantea otra disciplina y otro segmento de la compleja realidad social"*.

³¹⁶ [www.unifr.ch/derecho penal](http://www.unifr.ch/derecho%20penal) Consultada el día 18 de agosto de 2006. Como puede verse, los puntos de vista desde los cuales se aborda el fenómeno de la *infracapitalización* oscilan de una punta a otra del espectro, no todo los casos en los cuales se invoca es otorgada y por ende establecida la doctrina del *Levantamiento del Velo* como sanción a esta conducta

4.5 FRAUDE DE LEY

El cuarto caso de supuestos en que puede aplicarse el *Levantamiento del Velo* es el conocido como abuso de la forma jurídica, abuso en fraude de ley o en incumplimiento de obligaciones³¹⁷; este supuesto viene a ser una especie de cláusula residual en la que se incluyen circunstancias y supuestos heterogéneos no encuadrables en las categorías anteriores. Esta clasificación importada de la doctrina alemana subsume todos los casos de abuso de derecho³¹⁸, en el Derecho español el abuso institucional alemán (abuso del Derecho objetivo) tiene su propio nombre y régimen jurídico “*Fraude de ley*”.

La utilización de la forma societaria como normativa de cobertura para evadir la aplicación de otra norma, es decir, la adecuada al caso, obteniendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico, injusto o dañoso para terceros, son los casos en que se trata dicho supuesto³¹⁹, donde la norma eludida puede ser cualquiera, justificando la diversidad de casos incluidos en este supuesto, las que establecen la obligatoriedad en el cumplimiento de lo pactado en un contrato. Por exclusión se incluyen en esta categoría los casos en los que se utiliza a la persona jurídica para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales e incluso extracontractuales en los supuestos en que no concurren las situaciones de socio único, grupos de sociedades e

³¹⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., págs. 456 y 457. Este supuesto ha sido calificado como el más antiguo para determinar la procedencia del *Levantamiento del Velo*; este hace referencia a la utilización instrumental de la sociedad, persona jurídica, violándose con ello obligaciones contractuales, produciéndose dolosamente daños a terceros.

³¹⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 457. En Alemania los casos de abuso de Derecho incluye tanto los de abuso personal, como los de abuso institucional, es decir, de la persona jurídica.

³¹⁹ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 457. Ni la sociedad unipersonal, ni los grupos de sociedades, ni los supuestos de infracapitalización determina por sí mismos la aplicación del *Levantamiento del Velo* si no concurre una actuación

infracapitalizaciones, que son situaciones de especiales características que permiten que se produzca fácilmente el fraude.

Los casos más comunes y problemáticos con que se ha enfrentado la jurisprudencia española son:

- A. Casos de arriendo de locales de negocio: la LAUE del 24 de noviembre de 1964 caracterizada por tener un marcado formalismo, en cuanto al tratamiento de la persona jurídica como sujeto totalmente independiente de los miembros que lo componen, lo que se manifiesta por el rigor que dicha ley consideraba que era traspaso ilegal la transformación de una empresa individual en cualquier forma de sociedad, o el cambio de forma de una sociedad, excepto que ambos fenómenos se produjeran por ministerio de ley³²⁰. Posteriormente dicho rigor se suavizó con la nueva redacción del apartado 4 del Art 31 introducida por el artículo 19 de la ley 19/1989, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea en materia de sociedades³²¹, según la cual no se reputaba causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades, pero se concedía al arrendador el derecho a elevar la renta. El formalismo de esta materia permitía que a través de la persona jurídica, las partes (arrendador o arrendatario) trataran de sustraerse de las normas de Derecho necesario.

fraudulenta, esto de acuerdo a la jurisprudencia que exige la concurrencia del fraude. SSTS de 16 y 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9100 y 9209).

³²⁰ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 458. Art. 31.3 y 4 LAUE de 1964.

³²¹ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 458. La redacción se llevó a cabo por disposición de la Ley 5/1990 de 29 de junio, sobre medidas de materia presupuestaria, financiera y bursátil procedente del Real Decreto Ley 7/1989 de 29 de diciembre, BOE núm. 156 de 30 de junio.

La nueva Ley de arrendamientos urbanos introduce el nuevo régimen legal de la relación arrendaticia, y contiene además modificaciones de importancia, dentro de las que se pueden hacer tres observaciones:

- I. Primero, abandona la distinción tradicional entre arrendamiento de vivienda y arrendamiento de locales de negocio y asimilados para diferenciar entre arrendamientos de vivienda y arrendamientos para usos distintos de vivienda. Dentro de esta última categoría se encuentran, los tradicionales arrendamientos de locales de negocio. En la regulación de los arrendamientos para usos distintos de los de vivienda la Ley tiene carácter supletorio a los pactos entre las partes contratantes, dejándose el contenido del contrato al arbitrio de la autonomía de la voluntad³²².
- II. Segundo, distingue entre el arrendatario de un local de negocio, sea una persona física o una persona jurídica, en este ultimo caso se configuran plazos de resolución, trazados entre cinco y veinte años, en función de la naturaleza y el volumen de la actividad desarrolla en el local arrendado³²³.
- III. Tercero, establece una modificación sustancial en el régimen de la cesión y sub arriendo de locales de negocio, que consiste en que, para llevar a cabo estos negocios jurídicos no será necesario el consentimiento del arrendador³²⁴.

³²² BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 459. Art. 4.2 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1994.

³²³ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 459. Disposición transitoria 3ª. 4 Ley de arrendamientos urbanos de 1994.

³²⁴ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 459. Art. 32.1 Ley de arrendamientos urbanos de 1994.

Son cuatro los casos que suponen la interferencia de una persona jurídica en una relación arrendaticia existente en donde es necesario estudiar los problemas que en relación a dicha interferencia se han planteado, así como las soluciones adoptadas por la doctrina, jurisprudencia y derecho positivo, estos son:

- 1) Aportación de local de negocio a una sociedad: la jurisprudencia del “Tribunal supremo ha reiterado que esta aportación realizada sin los requisitos y formalidades de un traspaso y sin el consentimiento del arrendador da derecho a este a resolver el contrato³²⁵; este supuesto ha sido calificado de diversas formas por el Tribunal Supremo, entre estas se puede mencionar: traspaso inconsciente, subarriendo o cesión de uso no autorizada. La posición adoptada por la jurisprudencia se resume en que “la sociedad a la que se aporta la titularidad arrendaticia del local constituye un sujeto de Derecho distinto al socio que hace la aportación, ya que es una persona jurídica, justificando la resolución del contrato cuando no se cumplan los requisitos legales del traspaso.

En ese sentido la sentencia del Tribunal Supremo del 4 de diciembre de 1954, ante el caso de una sociedad a la que el arrendatario aportó el local, constituida por el mismo, su esposa y su cuñado, estimo que se trataba de un traspaso clandestino, debido a que el demandado y la sociedad son dos personas

³²⁵ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 459. Con la vigencia de la LAU de 1964 era necesario el consentimiento del arrendador, además del cumplimiento de una serie de formalidades, para que pudiera llevarse a cabo el traspaso de forma legal, de lo contrario, el traspaso se consideraba como inconsciente y daba derecho al arrendador a resolver el contrato.

jurídicas distintas³²⁶. Esta doctrina jurisprudencial ha sido constantemente alterada por lo que el Tribunal Supremo en la sentencia del 17 de febrero de 1956 abandona el criterio formalista conforme al cual la persona jurídica es independiente de los miembros que la conforman, y en contemplación de la identidad de estos, señala que no hay traspaso porque no hay cambio de sujeto cuando un condominio romano se transforma en una sociedad colectiva constituida por los mismos comuneros a los que cada uno aporta su cuota. La existencia de traspaso al igual que la existencia de todo contrato, necesita de la dualidad de sujetos contratantes con intereses distintos, lo que excluye la identidad o unidad del propietario colectivo, ya sea sociedad de personas o comunidad.

La vigente LAU de 1994 no contiene ningún precepto semejante al artículo 31 LAU de 1964, así se puede establecer que la excepción contemplada en dicha norma, a favor de la sociedad formada por hijos y cónyuge del arrendatario causante ha desaparecido. El Tribunal supremo ha consolidado la tendencia de considerar toda modificación subjetiva, y por consiguiente la constitución de una sociedad por hijos y cónyuge del arrendatario, como introducción de un tercero en la relación arrendaticia, dicha tendencia se encuentra plasmada en la sentencia del 7 de enero de 1991³²⁷.

³²⁶ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 461. En esta sentencia la audiencia había *Levantado el Velo*, considerando que la pretendida sociedad no tenía consistencia independiente de los socios con el resultado de negar el traspaso; lo cual fue criticado por Brutau quien establece que en lugar de las deducciones abstractas tomando como base el concepto de persona jurídica, tendría más sentido y ofrecería más seguridad los razonamientos que expusieran si el cambio sobrevenido implicaba una agravación excesiva, tomando en cuenta de que se supone que el arrendador goza de protección que la LAU dispensa al arrendatario, sosteniendo la necesidad de concebir como unidad fundamental la unidad legislativa y judicial dirigidas a las mismas razones de política jurídica.

³²⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., págs. 464 y 465. Dicha sentencia establece: “ *la ley, fuera de los casos en que expresamente lo establece no conciente que el inmueble arrendado por una persona natural o jurídica sea ocupado por otra, llámese traspaso, cesión o subarriendo a la relación jurídica que diese lugar a dicha ocupación, pues toda*

2) Adjudicación de local de negocio a uno de los socios al disolverse la sociedad: la anterior legislación del Tribunal supremo ha entendido que la adjudicación de un local de negocio a uno de los socios como consecuencia de las operaciones de disolución y liquidación de la sociedad constituye traspaso, de forma que si no se cumplen los requisitos legales, el arrendador podrá resolver el contrato³²⁸. Al entrar en vigencia la LAU de 1994 se deduce el mantenimiento de la tendencia jurisprudencial antes mencionada, la cual se confirma en sentencias posteriores³²⁹. así, la adjudicación de local de negocio a uno de los socios, de disolverse la sociedad será considerada como cesión o subarriendo a efecto de la elevación de renta por parte del arrendador.

3) Casos de transformación, fusión y escisión:

- I. El régimen del artículo 31, párrafos 3 y 4, de la LAU de 1964³³⁰ se referían a las transformaciones voluntarias; sobre ello la doctrina señala que el carácter imperativo de la frase “ *cambiar de forma por ministerio de ley*” que plantea dicho artículo, supone algo

modificación subjetiva, introduciendo a terceros en la relación arrendaticia sin el consentimiento de la parte arrendadora o sin el cumplimiento de los requisitos legales, da causa a la resolución contractual, ocurriendo tal supuesto cuando una sociedad capitalista se transforma en otra personalista o viceversa, cuando hay simple cambio, cualquiera que fuere, cuando los arrendatarios crean o introducen una sociedad o cuando esta es sustituida por sus socios, cuando una utilización compartida se transforma en individual o la pactada como individual se comparte posteriormente de tal forma que dichos terceros ostentaran una posición ilegal, en cuanto no autorizada por la ley ni por el propietario, que, puede hacerla valer en su contra para recuperarla”.

³²⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 465. Los motivos para llegar a dicha conclusión son evidentes, el socio no sucede mortis causa a la sociedad, por lo que se le pueden aplicar las normas de la LAU sobre sucesión arrendaticia, y además, la disolución de aquellas implica un cambio en el titular de dicha relación.

³²⁹ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 465. Se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1991.

³³⁰ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 466. Este artículo 31 de la LAU establecía en los párrafos 3 y 4 los siguiente:

3- Cuando por ministerio de la ley una empresa individual deba convertirse en cualquier forma de sociedad no se reputará causado el traspaso del local de negocio que ocupare.

4- Análogamente, no se reputará causado el traspaso cuando las sociedades cambien de forma por ministerio de la ley.

obligatorio, es decir, no obedece a la voluntad de las partes interesadas, por lo que debe interpretarse restrictivamente, so pena de perjudicar los derechos legítimos de la propiedad; ya que sería injusto de que si la sociedad transformada amplía voluntariamente sus negocios para obtener mayores beneficios, el legislador se limite a observar y callar, no pudiendo solicitar un aumento de renta. Por lo tanto hay que considerar que ese supuesto implica un traspaso con todas sus consecuencias.

II. Por el contrario, algunos autores opinan que el argumento de que la alteración en el régimen jurídico de la sociedad comporta la transformación no afecta a la identidad sustancial del grupo, es decir a su personalidad jurídica anterior a dicha modificación, así, no hay razón para entender que la primitiva sociedad se ha sustituido por otra con todas las repercusiones indirectas que implica³³¹.

B. Modificación del Artículo 31.4 de la LAU de 1964 por el artículo 19 de la Ley 19/1989: esta incorporó una solución, al modificar el artículo 31 apartado 4 de la LAU de 1964³³². La transformación de las sociedades debido a la exigencia de la ley 19/1989, del 25 de julio, de un capital

³³¹ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 467. La base legal de esa argumentación se encuentra en los artículos 137 y 140 de la LSA de 1951.

El primero de estos establecía refiriéndose a la transformación de una sociedad anónima en colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada que "la transformación efectuada de acuerdo a lo prevenido en los artículos 137 y 140 LSA no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la nueva forma"; y el segundo añade que " la transformación de sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada en sociedades anónimas no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada".

³³² BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 468. El contenido de este artículo estableció que: *no se reputara el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiese producido.*

mínimo de 500.000. Pesetas para las sociedades de responsabilidad limitada y de 10.000.000 de pesetas para las sociedades anónimas, daba lugar a situaciones de conflicto al entrar en vigencia la ley. Por lo que el legislador decide, no considerar como traspaso la transformación, fusión y escisión de sociedades, pero compensa al arrendador con el efecto principal del traspaso, que es la “elevación de la renta.

C. El artículo 32 de la LAU de 1994³³³: este artículo no distingue si la transformación es por ministerio de ley o no, refiriéndose a todo tipo de transformaciones. Al igual que el artículo 31.4 de la LAU de 1964, no considera que dichas operaciones den lugar al traspaso, sin embargo, las consecuencias son esencialmente las mismas³³⁴, la diferencia es prácticamente etimológica, ya que la palabra “*traspaso*” es sustituida por “*cesión*”, debido a las distintas categorías de arrendamientos urbanos.

1) Casos de cambio de socio o de adquisición de participaciones o acciones: el criterio tradicional partía de la diferenciación entre sociedades personalistas y capitalistas; en estas el cambio de socio significaba “*mutación de la personalidad jurídica titular del arriendo*” y determinaba que el arrendador pudiese resolver el contrato por cesión o traspaso inconstentido³³⁵. En este sentido la

³³³ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 468. El contenido de este artículo estableció que “no se reputará el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles, pero el arrendador tendrá Derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiere producido”.

³³⁴ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit. pág. 469. Dichas consecuencias se refieren a que: el arrendador tendrá Derecho a elevar la renta como si efectivamente se hubiere producido; además, dichas operaciones deberán ser notificadas al arrendante para que pueda hacer valer su Derecho.

³³⁵ En estos casos el Tribunal Supremo argumenta que: los socios al responder con sus propios bienes de las obligaciones sociales, la sustitución de un socio por otro puede implicar un perjuicio para el arrendador. Dicha idea es descartada ya que quien contrata con la sociedad, admite implícitamente la posibilidad, de que los socios cambien. Además, el socio que sale de la sociedad continua respondiendo con sus propios bienes de las obligaciones contraídas por aquella mientras el pertenecía a la misma, solución a la que se llega al contemplar la responsabilidad personal.

jurisprudencia ha desestimado la personalidad jurídica reconocida a la sociedad colectiva sin razones suficientes para ello.

No obstante, los supuestos de transmisión de acciones de una sociedad anónima o participaciones de una limitada no implica traspaso, debido a que subsiste la personalidad jurídica del arrendatario, es decir de la sociedad. Sin embargo, en la actualidad se plantean dudas en los casos de adquisición de control o compra del total de participaciones o acciones de la sociedad arrendataria. Tomando en cuenta los antecedentes jurisprudenciales, cabe destacar que *“ello no debería determinar traspaso inconsentido; y la seguridad del tráfico aconseja no obstaculizar estas operaciones de reestructuración de grupo de sociedades”*, lo que es cuestionado si se produce el supuesto ya examinado de control o dirección efectiva externa: la radical afirmación de que la unión de empresas sin personalidad jurídica no implica traspaso ilegal o cesión inconsentida, lo que es lo mismo, no implica introducción de un tercero en la relación arrendaticia se formula alguna reserva, Así se distinguen dos supuestos:

a) Si la existencia del grupo no implica confusión entre las actividades económicas de todas o algunas empresas del mismo, puede admitirse la inexistencia de traspaso o cesión inconsentida.

b) No ocurre lo mismo en los supuestos en que las sociedades que forman el grupo desarrollan su actividad indistintamente en las sedes de cada una de ellas, dando lugar a esa confusión³³⁶.

Las sentencias del Tribunal supremo respecto al tema en donde se aplicó el *Levantamiento del Velo* son las del 25 de enero de 1988³³⁷, la del 22 de octubre de 1988³³⁸ y la del 29 de diciembre de 1992³³⁹, Se puede concluir que el Tribunal supremo en dichas sentencias, no ha considerado que la adquisición de la mayoría de las acciones o participaciones sociales por otra sociedad o persona física, suponga la modificación subjetiva en el contrato de arrendamiento, ni que haya de aplicarse solo por esa causa el

³³⁶ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 471. El autor de Ángel Yaguez, respecto a esa confusión, cita la sentencia de la Magistratura de trabajo de Gijón del 3 de diciembre de 1983, la cual fue confirmada posteriormente por el tribunal Central de trabajo en la resolución del 4 de julio de 1984.

³³⁷ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 472. En dicha sentencia el ponente fue don Eduardo Fernández Cid de Temes. En el supuesto de cedido por la misma, doña Celedonia M. de A. y doña Lucia G. M., formularon ante el juzgado de primera instancia demanda contra Gamma Electrodomésticos S.A., hoy Ivarte Castilla S.A. sobre resolución de local de negocios por subarriendo, cesión o traspaso inconsentidos. El juzgado, reconociendo que Ivarte S.A. adquirió el 50 por ciento de las acciones de Gamma Electrodomésticos S.A., y que esta última entidad cambió su denominación por la de Ivarte Castilla S.A. usando en la tienda de autos el rotulo Ivarte sin ningún otro aditamento, por lo que existían conexiones de capital y comerciales entre ambas entidades, desestimó a demanda considerando que se trataba de dos personas jurídicas distintas. La audiencia territorial por el contrario, revocó la anterior sentencia y dio lugar a la resolución contractual, al desprenderse de las pruebas practicadas que la arrendataria había permitido, por título no bien determinado de subarriendo o de cesión, la entrada de un extraño al goce de la relación arrendaticia.

³³⁸ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 473. En dicha sentencia actuó como ponente don Gumersindo Pérez de Andrade. Los hechos enjuiciados son los siguientes: Isabel y Mercedes P.R. entablaron demanda contra Galerías Preciados S.A. sobre resolución de contrato de arrendamiento con Almacenes Jorba S.A., el 6 de septiembre de 1973 y que con posterioridad había pasado a ser Galerías Preciados S.A., la sociedad que realizaba actos comerciales en el local arrendado. Al incorporarse esta última empresa al Holding Rumasa, consideraban que se había introducido un tercero en la relación arrendaticia, lo que, a su juicio, determinaba la resolución del contrato. Esta sentencia es recogida por De Ángel Yaguez, en el enfoque dedicado al Levantamiento del Velo y los problemas relacionados con el disfrute de bienes, y es objeto de comentario por Vattier Fuenzalida.

³³⁹ BOLDO RODA, Carmen. Ob. cit., pág. 475. En esta sentencia el ponente fue don Eduardo Fernández Cid de Temes. Esta resuelve el siguiente supuesto: don Diego C.P. y don Miguel G.Y. formularon demanda de resolución de contrato de arrendamiento por cesión, traspaso o subarriendo inconsentidos con base a que el mismo se estipuló con la Banca López Quezada, y a la hora de formularse la demanda aparecen los inmuebles ocupados por la entidad BNP España S.A.; las sentencias de primera instancia y apelación se muestran conformes con que a arrendataria estuvo intervenida por el fondo de garantía de depósitos sin que desapareciera su personalidad, acordándose en Junta General, después de ser reflotada y vendidas la mayoría de las acciones, cambiar su denominación social, pasando a denominarse en lo sucesivo BNP España S.A., nada de lo cual permite entender la existencia de fusión o absorción de sociedades, único caso en que podría surgir una entidad nueva e independiente, que por el contrario sigue la misma, todo o cual provocó la desestimación de la demanda y la absolución de la demandada BNP España S.A. al no haber introducido en los locales arrendados una persona individual o jurídica extraña al contrato.

Levantamiento del Velo de la personalidad jurídica y por lo tanto entre en juego la facultad de arrendador de resolverlo tal y como se contemplaba en la anterior legislación. En la única sentencia en la que parece estimarse así, es porque realmente se produce un supuesto clásico de desconocimiento de la personalidad jurídica: la identidad de personas o esferas o confusión de patrimonios

4.5.1 Jurisprudencia sobre Fraude de Ley

4.5.1.1 Sentencia de 20 de junio de 1991³⁴⁰.

El caso que dio lugar a este pleito era particularmente complejo. Doña María del Carmen D. P. pidió que se condenase a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona (hoy, La Caixa) al pago de determinadas cantidades, accediendo el Juzgado a ello plenamente.

La entidad demandada apeló sólo el pronunciamiento respecto al abono de 11.758.414 pesetas, que la actora afirmaba haber recibido como fiduciaria de O., S. A. para la compra de determinados valores bursátiles, ordenando posteriormente su venta. Venta que fue llevada a cabo, pero ingresando la Caja tal importe en la cuenta corriente de S. P., S. A., error que no fue enmendado, lo que obligó a la demandante a reintegrarlo a O., S. A. Por esta razón, la actora reclamaba la citada cantidad, entre las demás de la demanda, en concepto de daños y perjuicios.

a) ANTECEDENTES.

³⁴⁰ DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. cit., págs.226-229.

<<La Audiencia estimó el recurso, y sentó que había existido «un claro y burdo montaje urdido entre la actora y su esposo para conseguir el ilícito beneficio de un cobro al que no podían tener el más mínimo derecho, por tratarse de una pura invención o maniobra fraudulenta», a cuyo fin la Audiencia se basaba en las interrelaciones existentes entre la demandante, su marido y las dos sociedades expresadas. A tal efecto, la Audiencia había tenido en cuenta los siguientes elementos de hecho: 1) La actora había otorgado el 19 de febrero de 1973 a favor de su marido un poder general que seguía vigente; 2) el citado esposo era apoderado y único administrador de las sociedades S. P., S. A. y O., S. A., de las que además era accionista la demandante; 3) el 10 de agosto de 1983, la actora y su esposo suscribieron una póliza de afianzamiento de todas las operaciones a realizar por S. P., S. A. y O., S. A., hasta un límite de 105.000.000 de pesetas; 4) la orden de venta de aquellos valores fue firmada por el marido de la demandante con indicación del número de cuenta en que se había de ingresar el valor de los mismos, ingreso que aunque la actora dijo que se había hecho equivocadamente en la cuenta correspondiente a S. P., S. A., no permite olvidar que la disponibilidad de ambas cuentas correspondía a su esposo; y 5) el recibo de pago de O,S. A. había sido «creado» con posterioridad al acto de conciliación en el que se efectuaba ya la reclamación, siendo firmado por doña Carlota D., hermana de la demandante. De todo ello concluyó la Audiencia que la deuda era improcedente, por no haberse probado la intervención de la actora como «fiduciaria», ya que, por ser accionista de las dos sociedades, no era «tercera particular» a la concreta relación de «encargo», sino absolutamente interesada y beneficiada en la misma, tal y como ficticiamente se había instrumentado. Añade la Audiencia que el ingreso de los citados 11.758.414 pesetas en la cuenta corriente de S.P,S.A. en lugar de en la de O, S.A., no implicaba ninguna desviación del reintegro o de la devolución por cuanto, en definitiva, todo convergía en la misma persona que administraba v disponía de todos los «patrimonios» afectados además a la obligación de cobertura asumida en la póliza de crédito, siendo de resaltar —añade la Audiencia— «el abuso, fraude y desconocimiento de la mas mínima ética decoro y señorío que debe presidir toda actuación de un derecho y que “el engaño, montaje o apariencia, al quedar desmontado desde el análisis de la auténtica realidad”, obligaba a revocar la resolución recurrida.

Interpuesto recursos de casación por la demandante el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, siendo ponente el señor Fernández Cid de Temes.

b) DOCTRINA DE LA SALA

En su fundamento Jurídico segundo, la sentencia hace unas interesantes consideraciones acerca del significado que en general merece el concepto de fraude de ley. Dice al respecto: «...pues el fraude de ley civil lo que exige precisamente es la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan (SS. De 6 de febrero de 1957 y 1 de abril de 1965), habiendo incluso declarado esta Sala que no es preciso que la persona que realice el fraude de ley tenga intención o conciencia de burlarla (S. de 13 de junio de 1959); en definitiva: no parte la sentencia recurrida de la existencia de un ilícito penal, sino que del análisis conjunto de los hechos llega a la conclusión de que concurre un ilícito civil encuadrable en el fraude de ley, pues el dinero no fue o se quedó en el patrimonio de la Caja, sino a una sociedad de la que el marido de la actora tenía la misma disponibilidad que la de su propio patrimonio, el de su esposa y el de la sociedad que debiera haber sido destinataria, respondiendo todos, e incluso las cédulas hipotecarias, de las operaciones de expresadas sociedades, cual se desprende de la simple lectura de la póliza de afianzamiento solidario y sus anexos, todo lo cual valora conjuntamente en uso de una potestad que le es propia, todo lo cual se examinará con más detalle al analizar la conducta fraudulenta.

Pero es en el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia donde la Sala Primera formula las manifestaciones que nos interesan en tomo al Levantamiento del Velo de la persona jurídica. Dice al respecto la Sala:

La 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 formal legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (artículo 6.4 del CC) o la conducta fraudulenta en general, admitiéndose la posibilidad de que los jueces pueden penetrar (levantar el velo) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás, fundamento del orden público y de la paz social, es doctrina jurisprudencial consolidada (SS. de 4 de marzo de 1988, 24 de septiembre de 1987, o 5 de mayo de 1958 y 28 de mayo de 1984, por citar sólo algunas).

Y a renglón seguido el Tribunal Supremo viene a hacer unas muy atinadas consideraciones sobre la aplicación de la figura del fraude de ley a las particularidades del caso. Dice la Sala:

El fraude es sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas, implicando, en el fondo, un acto *contra legem*, por eludir las reglas del Derecho, pero sin un enfrentamiento frontal, sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, de forma que el "*fraus alterius o fraus hominis*" implica, con carácter general, un "*fraus legis*", pudiendo afirmarse que las normas citadas en el motivo que se analiza sólo tienen esa finalidad de normas de cobertura, por lo que la Audiencia procedió conforme al Código Civil en su artículo 6.4 y los generales del abuso o mala fe al impedir que se alcanzase el efecto defraudatorio de pagar dos veces a quienes vienen ligados por un solo interés, cabiendo la destrucción del error con un simple trasvase de cuentas, dado que el marido de la actora tenía la disponibilidad de todos los patrimonios, pudiendo evitar el enriquecimiento injusto que se pretende (ver S. De 30 de marzo de 1988).

Sentencia de 23 de noviembre de 1993.

No procede el Levantamiento del Velo cuando no hay fraude dirigido a eludir la responsabilidad al amparo de la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad³⁴¹.

a) ANTECEDENTES

Don José Z. C. promovió juicio declarativo de mayor cuantía contra Banco Santander, S. A., y 41 más, en demanda de declaración de inexistencia o nulidad radical y absoluta del convenio aprobado por la Junta General de Acreedores de Bahía Nova, S. A.

³⁴¹ DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. cit., págs. 136-137.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. Y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación del actor, siendo ponente el señor Ortega Torres.

b) DOCTRINA DE LA SALA.

En lo que aquí importa, procede sólo la cita del motivo sexto del recurso de casación, que alegaba infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el Levantamiento del Velo y del artículo 899.2 del Código de Comercio, argumentándose que «existió una auténtica y clara confabulación entre 'Bahía Nova', el señor De C., el señor Z. y el señor Q., por una parte, y 'Banco Santander' por otra, existiendo una clara infracción de la prohibición establecida en el artículo 899.2 del Código de Comercio, que sanciona con la nulidad los pactos particulares entre el quebrado y cualquiera de sus acreedores 'y que' la intervención del señor De C. y del señor Z., aunque fuese formalmente en calidad de terceros, real y verdaderamente actuaban en favor de los intereses de la sociedad 'Bahía Nova', y en este sentido se produjo este pacto privado entre unos acreedores ('Banco Santander') y la entidad quebrada con el velo levantado (Bahía Nova = señor De C. Y señor Z.).

La Sala dice al respecto:

No concurren en este caso las circunstancias necesarias para dar lugar a la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre Levantamiento del Velo de la persona jurídica, ya que:

1. Tal y como se plantea la cuestión por el recurrente, no se trata, en realidad, de que los señores De C. y Z. intenten eludir responsabilidad alguna protegiéndose en la personalidad jurídica diferenciada de 'Bahía Nova, S. A.', sino que se dice que actuaron en favor de los intereses de ésta, lo cual, al no haberse probado que redundase en perjuicio del señor Z. Como acreedor en la quiebra, no puede considerarse fraudulento; y
2. Aun en la hipótesis, no demostrada, de que el desembolso realizado por el señor Z. para que le fuese cedido el crédito de 'Banco Santander', también acreedor en la quiebra, tuviera por finalidad lograr el convenio, al no afectar al activo ni al pasivo de la deudora, ni tampoco alterar la eventual liquidación del patrimonio social, no puede interpretarse como un hecho realizado en fraude de acreedores ni como un pacto particular con la quebrada.

En esta sentencia después de que la Sala analizó las circunstancias en las que ocurrieron los hechos se determinó que no era posible proceder al *Levantamiento del Velo* debido a que la parte demandada en ningún momento trato de evadir o eludir sus responsabilidades.

4.5.1.3 Sentencia de 22 de mayo de 1995 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

En esta sentencia se establece que la doctrina del *Levantamiento del Velo* tiene carácter excepcional y sólo debe aplicarse en supuestos de mal uso de la personalidad jurídica propia de la sociedad³⁴².

a) ANTECEDENTES.

La sentencia del Juzgado había estimado la demanda promovida por la mercantil «M. M., S. A.», contra «N. C., S. A.», su administrador único don M.N.C. y sus restantes socios doña M.S.A. y don M.A. N.S. –esposa e hijos del administrador- atendiendo las distintas y acumuladas pretensiones deducidas por la demandante, a saber: a) La primera, como vendedora de material de construcción, contra la sociedad anónima compradora, en orden a su condena al pago de la parte del precio que le adeudaba; b) la segunda, como acreedora de la sociedad, contra los administradores, en orden a la indemnización de los perjuicios que alega le causaron con el incorrecto ejercicio de sus funciones, y c) la última, contra los restantes socios de la mercantil anónima en aplicación de la teoría del Levantamiento del Velo de la persona jurídica creada artificialmente para eludir la responsabilidad patrimonial de los socios. La condena a todos los demandados fue solidaria.

Contra esta sentencia recurrieron don M. N. S. y los socios doña M. S. A. y don M. A. N- S. Estos últimos denunciaban la aplicación indebida por el Juez de Instancia de la doctrina del Levantamiento del Velo.

³⁴² DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. cit., págs. 143-146.

b) DOCTRINA DE LA SALA.

La sentencia de la Audiencia, siendo ponente el señor Rosselló Llaneras, desestimó el recurso del socio administrador don M. N. C.

Sin embargo, se estima el recurso de los consocios no administradores, con explícita alusión a la doctrina del Levantamiento del Velo, a sus límites y a su aplicabilidad o no a los hechos del caso discutido.

Como formulaciones de carácter general, la sentencia dice en primer lugar que la del Juzgado había aplicado la doctrina jurisprudencial del Levantamiento del Velo de la sociedad demandada N. C., S. A., argumentando que la misma se instrumentó en beneficio de los particulares intereses familiares de sus integrantes en calidad de accionistas, en claro fraude de ley.

A continuación, la sentencia formula las siguientes reflexiones sobre la doctrina en cuestión:

Siendo del todo correcta la abundante doctrina legal recogida en la sentencia de instancia sobre el Levantamiento del Velo a las personas jurídicas y supuestos a los que es de aplicación, que en líneas generales se concretan a los casos en que no hay independencia de patrimonios, aquellos en que se protege una apariencia de poder de gestión, los de unidad de gestión comercial entre entidades, y los más frecuentes de creación ficticia de la sociedad, lo cierto es que actualmente se percibe una tendencia a convertir la técnica del "*Levantamiento del Velo*", de por sí excepcional, en un instrumento genérico para resolver muchos de los problemas que no encuentran justa solución en la aplicación privativa de la ley, excepcionabilidad que viene impuesta por el derecho a la existencia y demás consecuencias que se derivan de ella de las personas jurídicas a las que otorga personalidad el ordenamiento jurídico desde su constitución legal, en tanto no se haga un mal uso que imponga acudir a tal excepcional medida para penetrar a través de ella en su interior y alcanzar a las personas y bienes que bajo su cobertura se cobijan.

Acto seguido, la sentencia analiza las circunstancias del caso enjuiciado para determinar si procedía o no el Levantamiento del Velo que el Juzgado había llevado a cabo. Y la Sala llega a una conclusión negativa, sobre la base de los siguientes razonamientos:

La mercantil anónima codemandada nació a la vida jurídica por inscripción en el Registro Mercantil el 21 de enero de 1987, siendo su objeto social la realización de toda clase de obras, y hasta su desaparición de hecho a finales de 1991 se desarrolló en el terreno de la normalidad, llevando una contabilidad correcta, sin desviaciones de capital hacia el patrimonio particular de sus socios —los pagos de colegio del hijo son insignificantes—, cumpliendo con sus deberes impositivos, y en definitiva sin que de la prueba obrante en autos se detecten operaciones irregulares y oscuras que aconsejen levantar el velo y exigir la responsabilidad personal de todos sus socios. Ciertamente es que se trata de una sociedad anónima familiar que se ha visto abocada a la insolvencia a los pocos años de su existencia, más dicha situación económica actual, por otro lado no inhabitual en los últimos años de recesión económica en el sector de la construcción de esta Comunidad Autónoma, es por sí sola insuficiente para penetrar en el substratum de la sociedad por quedar excluido el actuar fraudulento, ya que, como queda dicho, la inclusión de gastos familiares mínimos en la contabilidad de la empresa resulta insuficiente —68.000 pesetas durante el ejercicio de 1991—, frente a los 11.457.151 ingresados en la cuenta de dicha sociedad en el último ejercicio. La aceptación que no libramiento de las cambiales tampoco merece ser calificada de fraudulenta, ya que arrastrando la deuda desde el año 1989 con la aceptación de los efectos se reforzaba el crédito de la sociedad acreedora tanto por tener expedida la vía ejecutiva como por la prueba de las relaciones comerciales habidas entre ellas; por lo que en dicho extremo procederá absolver a los demandados.

Tal y como se establece en la sentencia se procedió al *Levantamiento del Velo*, debido a que las circunstancias en que ocurrieron los hechos demuestran que se creó artificialmente la persona jurídica con el objeto que los socios evadieran sus responsabilidades.

4.6 SUPUESTOS RECONOCIDOS EN EL DERECHO ARGENTINO.

Dentro de la legislación Argentina se encuentra regulada la *Inoponibilidad de La Personalidad Jurídica*, establecida en el Art. 54 Inc. 3 de la ley de

sociedades comerciales³⁴³; de esta norma se desprende tres supuestos para la debida aplicación de el “*Levantamiento del Velo*” es por ello que se hace necesario explicar cada uno de ellos:

I. El Encubrimiento de la Consecución de Fines Extrasocietarios.

Este supuesto consiste en no utilizar una sociedad para el fin que fue creada, sino que tal estructura es usada como un medio aparente para conseguir, en realidad, otros fines que se convierten en ilícitos por desviarse de la finalidad de constitución de la sociedad.

La sanción para este supuesto es la inoponibilidad de la personalidad jurídica y la sociedad no será considerada como persona distinta de sus socios o controlantes en las relaciones con terceros, subsistiendo validamente los efectos de la personalidad jurídica para los actos que ésta realice sin apartamiento de su causa fin, protegiéndose de esta forma los intereses de terceros que se ven afectados por el abuso cometido dentro de la sociedad mercantil.

II. El Mero Recurso para Violar la Ley y el Orden Público.

Se refiere a la actuación de la sociedad y no a su origen, por lo cual, en este supuesto no se configura un caso de simulación sino del uso de un

³⁴³ Art. 54 Inc. 3 LSCA. El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

Inoponibilidad de la personalidad jurídica La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extraordinarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

instrumento para violar la ley, el orden público, la buena fe, la moral o las buenas costumbres; Este supuesto prevé la existencia de una sociedad que siendo real es utilizada abusivamente en una actuación concreta. Regulado en el Art. 54 Inc. 3 de la ley de sociedades comerciales.

El uso de la sociedad como el medio o instrumento para realizar conductas abusivas como la violación de una norma o el incumplimiento de normas contractuales o extracontractuales, hacen que se engloben dentro de este supuesto, donde los accionistas o socios sabedores de esa ilegalidad continúan con el negocio y afectando de esta forma a los terceros que se ven involucrados y que se ven afectados en sus interés y derechos como partes.

III. La Frustración de Derechos de Terceros.

La finalidad de este supuesto es proteger o reguardar los interés particulares de los terceros o personas que se ven afectadas, por las diversas conductas abusivas que ha cometido la sociedad, a diferencia del supuesto anterior donde se ampara el interés general sin perjuicio del interés individual comprometido.

El legislador argentino engloba en este supuesto la protección de los derechos de aquellos que se sienta afectados por la conductas abusivas que ha cometido la sociedad, haciendo prevalecer los interés de la colectividad y no de el fin particular de la sociedad³⁴⁴.

³⁴⁴ En materia judicial hay dos fallos que se refieren a los pagos "en negro" y a la responsabilidad de los socios:

1. "Duquelsy, Silvia c/Fuar SA y otro" se trataba de una relación laboral que no había sido debidamente registrada habida entre una trabajadora y su empleadora que era una sociedad anónima. La actora accionó contra dicha sociedad y contra la persona física que ejercía su presidencia en forma solidaria.

El efecto de estos supuestos es *el resarcimiento de los daños*, ya que la responsabilidad prevista por el Art. 54 LSCA es un supuesto de responsabilidad extracontractual; dicha responsabilidad recae en cabeza del socio o controlante ya que la norma no impone responsabilidad a la sociedad.

4.6.1 La sanción prevista por el artículo 54 Inc. 3 LSCA.

El uso de la personalidad jurídica societaria en sentido diverso que es previsto por el legislador Argentino se sanciona con *la inoponibilidad de la*

Según el tribunal la conducta de la empleadora había constituido un típico fraude laboral y provisional que había tenido por objeto y efecto disminuir en forma ilegítima la incidencia del salario normal en las prestaciones complementarias o indemnizatorias y en los aportes al sistema de la seguridad social.

El fallo indica que el pago "*en negro*" perjudica al trabajador que se ve excluido de aquella incidencia, al sector pasivo, y a la comunidad comercial ya que al disminuir los costos laborales, el autor de la maniobra estaría en mejor condición para poder competir en el mercado que la reservada a otros empleadores respetuosos de la ley. El fallo considera que no podría decirse que el pago "*en negro*" encubre en este caso la consecución de fines extrasocietarios pues el fin de una sociedad comercial es el lucro, pero sí constituye un recurso para violar la ley, el orden público (ello está indicado en los arts. 7°, y 12 a 14, LCT), la buena fe (art. 63, LCT) y para frustrar derechos de terceros (el trabajador, el sistema provisional, y los integrantes del sector pasivo). La sentencia finaliza diciendo que la codemandada en su carácter de presidente del directorio de la sociedad y en virtud de lo establecido en el art. 274 de la ley 19.550 responde ilimitada y solidariamente ante los terceros entre quienes se encuentra un trabajador de la empresa, por la violación a la ley, ya que no hubo probanza de que hubiera oposición a dicho accionar societario. En conclusión la sentencia hizo extensiva la condena en forma solidaria al codemandado presidente de la sociedad anónima.

2. Fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el caso "*Delgadillo Linares, Adela c/Shatell SA y otros*", en el cual se estableció que si la demandada incurrió en la práctica de no registrar ni documentar una parte del salario de los trabajadores, práctica comúnmente llamada pago "*en negro*" y prohibida por el art. 140 de la LCT y art. 10 de la ley nacional de empleo, tal conducta constituye un típico fraude laboral y provisional.

La sentencia manifiesta que aunque no pueda afirmarse que tal pago "*en negro*" encubre la consecución de fines extrasocietarios, dicha práctica es un recurso para violar la ley, el orden público laboral, la buena fe y frustrar derechos de terceros. En consecuencia debe ser de aplicación al caso el art. 54 de la LSC, y hacer responsables en forma solidaria a cada uno de los socios en particular.

Frente a estos dos fallos se señala que el pago "*en negro*" perjudica al trabajador y que se ven privados no sólo sus derechos sino también el sector pasivo puesto que es perjudicado por la evasión y la comunidad comercial en tanto que al disminuir los costos laborales, coloca al autor del accionar en una mejor posición para poder competir en el mercado que la mantenida por otros empleadores respetuosos de la ley.

Frente a este hecho ilícito laboral en la sentencia se trató de aplicar un medio sancionatorio y finaliza estableciendo la extensión de la responsabilidad a los socios y controlantes de la persona jurídica. Es de aplicación el art. 54 de la LSCA el cual dice que la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a sus socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Esta interpretación es muy peligrosa ya que todo ilícito laboral podría dar lugar a la extensión de la responsabilidad a los socios y controlantes, es decir que siempre se estaría hablando de hechos ilícitos laborales.

personalidad jurídica y la sociedad no será considerada como persona distinta de sus socios o controlantes en las relaciones con terceros subsistiendo validamente los efectos de la personalidad jurídica para los actos que ésta realice sin apartamiento de su causa fin.

La referida sanción tiene los siguientes efectos:

- A. Los socios y los controlantes no socios que buscaron apartarse de los fines legales del negocio societario perderán la posibilidad de utilizar tal disciplina por no cumplir con los requisitos legales para ello y a ellos se imputará la actuación de la sociedad con relación a las normas u obligaciones cuyos efectos quisieron evitar.
- B. Los que actuaron de tal manera y los que hicieron posible tal actuación responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

La sanción prevista por la norma en análisis es uno de los temas que más discusión ha traído sobre su interpretación. Algunos autores³⁴⁵ sostienen que el efecto de la ineficacia es la inoponibilidad del *tipo societario*. Según esta postura la desestimación de la personalidad jurídica puede tener dos acepciones, una en sentido lato y la otra, en sentido estricto. Cuando se habla de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, en los términos del Art. 54Inc.3 LSCA, se estaría en presencia del primero de los supuestos.

Al plantearse la cuestión de la inoponibilidad de la persona jurídica o societaria o desestimación en sentido amplio, según la terminología usada por

³⁴⁵ RICHARD Y MUIÑO, "*Derecho Societario*"; también Guillermo Cabanellas de las Cuevas se adhiere a esta posición. 1ª Ed. Edit. Advocatus, Córdoba, España, 1996, pág. 40.

Richard y Muiño, no puede dejarse de lado el principio de división o separación de patrimonio, aceptable sólo para la desestimación de la personalidad en sentido estricto. En el caso de la llamada desestimación en sentido lato, el efecto es la eliminación de las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas Societarias.

La imputación directa, total o parcial, del activo de una sociedad al patrimonio de un socio o controlante, por declaración de inoponibilidad en los términos del Art.54 Inc 3 LSCA, no puede perjudicar a los acreedores sociales; en tal sentido, consideran que la imputación directa de la actuación desviada no implica que se anule la personalidad societaria o que deba disolverse la sociedad, pues, *la inoponibilidad de la personalidad* no podría en forma alguna perjudicar los derechos de los terceros de buena fe acreedores de la sociedad para atribuir ciertos bienes a otra persona sin pasar previamente sobre un proceso de liquidación o de disminución de capital Social.

La Inoponibilidad de la personalidad jurídica, no implica desestimar la personalidad del ente sino alterar los efectos del tipo societario en cuanto limite la responsabilidad del socio que abusó del recurso técnico. Haciendo responsables “*a los socios o a los controlantes*” pudiendo éstos no ser socios tal como lo regula la el Art. 33 Inc.2 “*in fine*” LSCA³⁴⁶. La sanción es la *inoponibilidad* de la personalidad jurídica y no la *nulidad* de la misma, no

³⁴⁶ Art. 33. LSCA- Sociedades controladas

Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; 2) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

Sociedades vinculadas: Se consideran sociedades vinculadas, a los efectos de la Sección IX de este capítulo, cuando una participe en más del diez por ciento (10%) del capital de otra. La sociedad que participe en más del veinticinco por ciento (25%) del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho.

prescribe la pérdida o invalidación total de la personalidad jurídica sino la imputación directa a los socios o a los controlantes de la actuación de la sociedad.

Si bien la ley de sociedades comerciales prevé supuestos para imputar la responsabilidad por los actos del ente a sus socios, aparentes u ocultos, y aun a sus controladoras, cuando la actuación encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituir un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar los derechos de terceros; tal remedio debe ser adoptado con suma prudencia, pues una aplicación indiscriminada, ligera o no mensurada puede llevar a prescindir o aniquilar la estructura formal de las sociedades en supuestos en que no se justifique, con grave daño para el derecho, la certidumbre y la propia seguridad de las relaciones jurídicas y hasta la misma finalidad útil de su existencia legal.

4.6.2 Jurisprudencia sobre Derechos de Terceros

4.6.2.1 Sentencia de 16 de noviembre de 1993.

La aplicación de la doctrina del Levantamiento del Velo requiere que se pruebe que los entes sociales han sido utilizados para perjudicar los derechos de terceros³⁴⁷.

a) ANTECEDENTES.

El juzgado de primera instancia había estimado la demanda, condenando al demandado al pago de una determinada cantidad. La audiencia, estimado el recurso de apelación absolvió al demandado. Interpuso por la parte actora recurso de casación. El tribunal supremo declaró no haber lugar al mismo, siendo ponente el señor Ortega Torres.

b) DOCTRINA DE LA SALA.

³⁴⁷ DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. cit., págs. 233-234.

En el recurso de casación se argumentaba por el demandante que el demandado había actuado en “fraude de terceros”, en cuanto las dos sociedades que representa carecen de toda solvencia y en cierto sentido hasta de personalidad, afirmación que se pretendía demostrar con certificaciones del registro mercantil.

El fundamento jurídico tercero de la sentencia se enfrenta con el motivo de casación en el que el demandante alegaba la circunstancia de que el demandado era la persona que tenía el control absoluto de las dos sociedades en cuestión.

Y a tal efecto el Tribunal Supremo dice:

“En cuanto al segundo apartado del motivo, que versa sobre la alegación de que el señor P. es sin duda ninguna la persona que tiene el control absoluto de las dos sociedades... que es el que le permite actuar sobre la base de una representación que en definitiva no es otra cosa sino la posibilidad de evitar que desde el punto de vista personal tenga que soportar las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones, carece también de consistencia, dado que no está probado el hecho de que se aparte y, además, aunque fuera cierto, no sería determinante de su responsabilidad por las operaciones realizadas como representante de las sociedades, pues falta prueba de que se protegiese en los entes sociales para perjudicar los derechos del señor R. de V; que es lo que permitiría, al menos en principio, hacer aplicación de *la doctrina jurisprudencial sobre el Levantamiento del Velo de la persona jurídica*; ha de señalarse asimismo que el actor ha dirigido su demanda contra el señor P. omitiendo la circunstancia de que las operaciones se realizaron en representación de E.M, S.A. Y C.V; S.A., que es lo que se halla probado, con lo que la pretensión ejercitada se fundamenta sobre la existencia de una relación con aquel actuando por sí, supuesto que no es posible alterar afirmando que debe responder en las sociedades y una cierta presunción de fraude sin base suficiente.”

4.6.2.2 Sentencia de 30 de Enero de 1997.

La Doctrina del Levantamiento del Velo se mantiene en protección de Terceros, nunca de las mismas Personas que Constituyeron la Sociedad³⁴⁸.

³⁴⁸ DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. Ob. cit., págs. 262-263

a) ANTECEDENTES.

Se constituyo en 1974 una sociedad anónima, por tiempo indefinido y denominación social “ I.S., S.A”, esta compro una parcela de terreno, asimismo se apor to a la sociedad otra parcela, se agruparon ambas en el registro de la propiedad y la resultante fue vendida por el codemandado don Lucio A; director gerente de la sociedad anónima, en representación de la misma, al otro codemandado don Martín L. se interpuso demanda ante el juzgado de 1ª Instancia de Azpeitia en la que se intereso que se declarara la nulidad, por simulación absoluta, de tal compraventa o bien, subsidiariamente, que el vendedor carecía de poder de disposición para la misma, en nombre y representación de la sociedad anónima; y, en tercer lugar, la responsabilidad del codemandado don Lucio A., por el daño causado a la sociedad anónima.

b) DOCTRINA DE LA SALA.

La Sala Primera declara no haber lugar al recurso, siendo ponente el señor O' Callaghan Muñoz.

En el escrito del recurso de casación se introducen dos temas que son nuevos y no pueden ser objeto del mismo. Por una parte, la alegación de que mas de sociedad, era una copropiedad, y los socios, condueños, era titulares de un derecho a semejanza del retracto, de preferencia para adquirir el inmueble objeto de la compraventa discutida. Por otra parte, que es preciso levantar el velo de la sociedad, para llegar a la misma conclusión anterior. Pero, además de que no se puede plantear en casación cuestiones nuevas, que podrían dar lugar a la indefensión de la parte contraria, vedada constitucionalmente, no se puede confundir la titularidad dominical de una finca por una persona jurídica, la copropiedad, la doctrina del Levantamiento del Velo se mantiene en protección de terceros, nunca de las mismas personas que constituyeron la sociedad.

Se observa con estas sentencias que los Tribunales Españoles consideran que la aplicación del *Levantamiento del Velo*, en este supuesto va encaminado primero a verificar un verdadero fraude sobre terceros que se vean afectados, es decir, que sean terceros o acreedores ajenos a los que integran la sociedad,

no figurando como supuestos terceros afectados; y segundo que el *Levantamiento del Velo*, va dirigido a la proteccion de terceros y no a las personas que constituyeron la sociedad.

CAPITULO CINCO

PRESENTACION E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION Y ANALISIS DE LA REALIDAD NACIONAL .

Sumario: 5.1 Generalidades. 5.2 Presentación y Análisis de los resultados de la investigación. 5.3 Realidad Nacional.

5.1 Generalidades.

Para efectuar la etapa de campo de la investigación, se llevo a cabo una serie de actividades que hicieron posible el análisis de la figura del Levantamiento del Velo, descomponiendo a la doctrina en sus elementos esenciales, para identificar y estudiar cada uno de ellos, sus relaciones entre si, así como la relación que tienen con la realidad que vive El Salvador, y la posibilidad de su implementación en el Código de Comercio Vigente.

En ese sentido, para la elaboración de todo lo anteriormente mencionado se contó con la colaboración de los siguientes sujetos:

1- Miembros de la Corte Suprema de Justicia: jueces de primera instancia, jueces de lo mercantil de San Salvador, Magistrados de Cámara, del área de lo Civil de San Salvador y Magistrados de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

2- Profesionales del Derecho: litigantes en el libre ejercicio de la profesión, docentes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, así como de Universidades Privadas, encargados del área mercantil.

3- Instituciones: Superintendencia del Sistema Financiero, la Defensoría del Consumidor, la Cámara de Comercio, FUSADES y FESPAD.

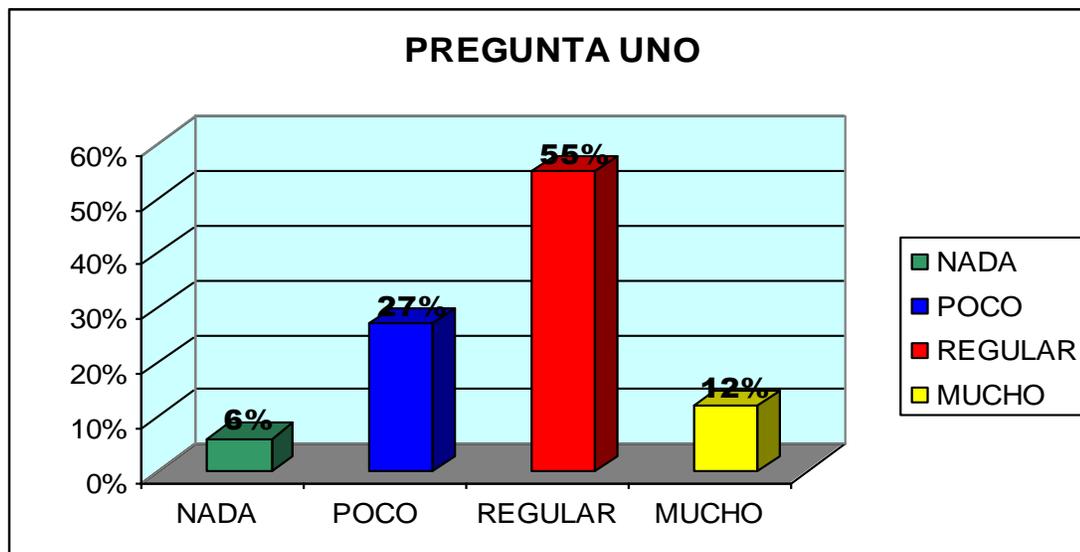
Para la obtención de esta información se utilizó como técnica el manejo de encuestas, las cuales contenían preguntas cerradas y semi-abiertas; dirigidas a los profesionales del Derecho y de las Instituciones, así como también, la entrevista que se les realizó a los miembros de la Corte Suprema de Justicia; la muestra analizada comprendía un total de cincuenta personas, las cuales brindaron su opinión a través de los dos instrumentos antes mencionados.

5.2 Presentación y Análisis de los Resultados de la Investigación.

En este apartado se darán a conocer los datos obtenidos a través de la aplicación de los instrumentos seleccionados (presentando una pregunta a la vez), así como su respectiva representación gráfica y posteriormente el análisis detallado de los mismos.

1- ¿Conoce las teorías que explican la naturaleza de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas?

Pregunta 1	
Nada	03
Poco	13
Regular	28
Mucho	06
No contesta	0
total	50

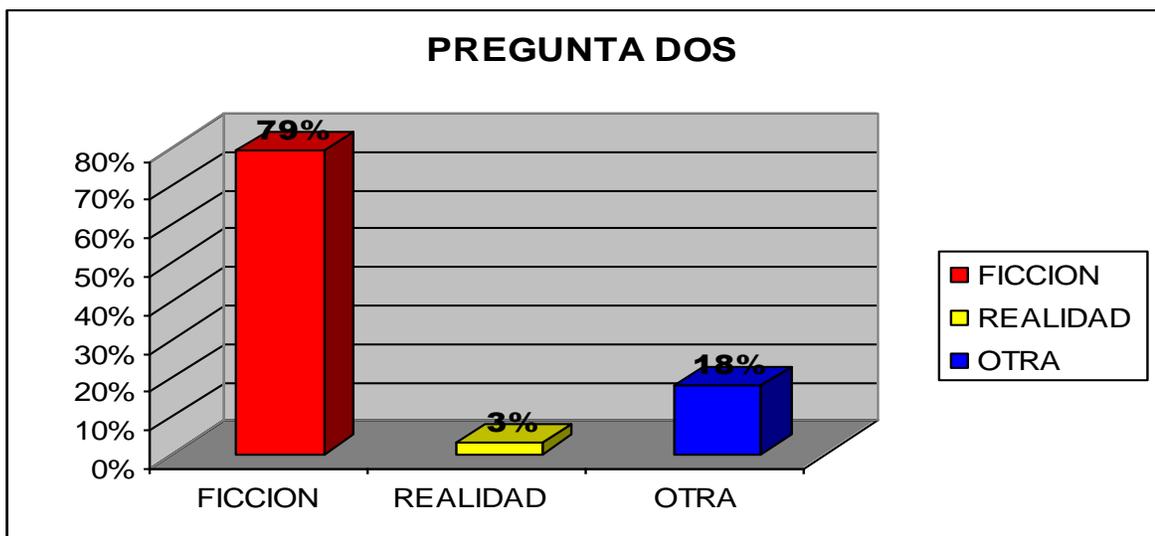


Ante la pregunta conoce la teoría que explica la naturaleza de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas, un 6 % de los encuestados respondió que nada, un 27% manifestó que conocía poco, un 55% las conocía de forma regular y solo un 12 % afirmaron conocerla mucho.

Los resultados demuestran que la mayor parte de la población encuestada mantiene un conocimiento promedio con respecto a un tema muy importante como es el de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas, no solo por el papel que juegan estas en el mundo económico actual, sino también por el hecho que la personalidad jurídica con lleva un reconocimiento legal que hace el estado a las sociedades para que estas puedan desenvolverse dentro de sus ámbitos de funcionamiento de las actividades que desempeñan y los consecuentes privilegios que traen aparejados como es la responsabilidad limitada y la separación de patrimonios.

2- ¿Cuál de las teorías, según la Legislación vigente explica la naturaleza de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas?

Pregunta 2	
Ficción	40
Realidad	01
Otra	09
No contesta	0
Total	50

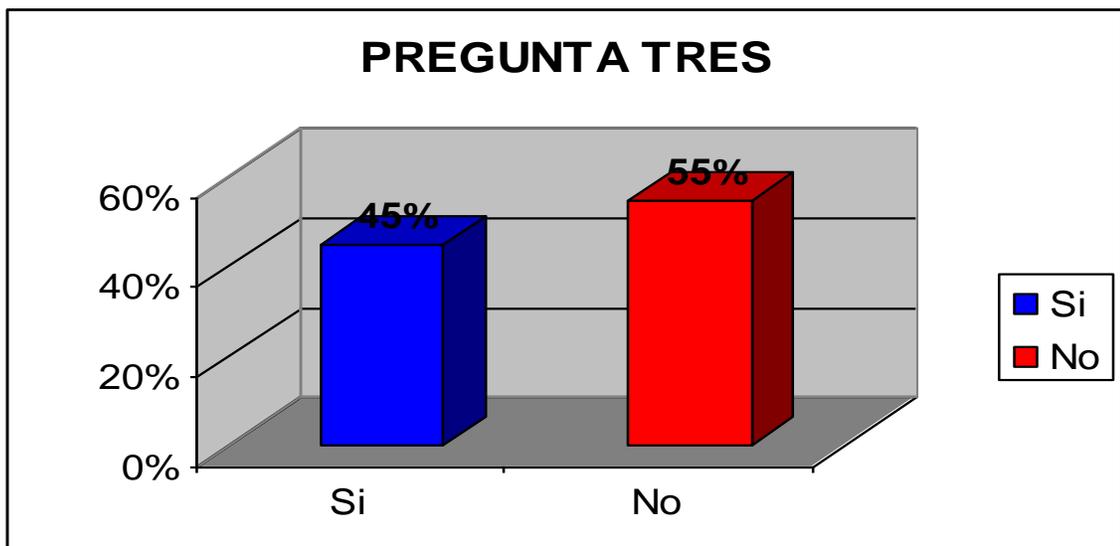


Con respecto a la pregunta de que cual de las teorías, según la legislación vigente explica la naturaleza de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas; el 79% respondió que la teoría de la ficción, el 3% la teoría de la realidad y el 18% respondió que otras, la mayoría de este ultimo porcentaje sin especificar a cuales se referían y otros haciendo alguna alusión a la teoría ecléctica.

Los datos demuestran, lo que en la legislación salvadoreña es una discusión recurrente debido a que por un lado, el código civil plantea a la persona jurídica como una ficción, como algo inexistente, ignorando de cierta forma las consecuencias materiales y reales que traen los actos que realizan las sociedades anónimas; y por el contrario el código de comercio contempla una posición mas realista en su artículo 17 inciso 3, aceptando que las sociedades gozan de personalidad jurídica dentro de los límites que impone su finalidad y se consideran independientes de los socios que las integran. Así existe una disparidad de criterios, por una parte el código civil amparado en un sentido netamente etimológico, y por el otro el código de comercio, todo ello debido a la técnica legislativa que se ha utilizado copiando legislaciones extranjeras lejos de crear una acorde a la realidad que se vive; lo que demuestra que aunque el código civil habla de entes ficticios, en la actualidad se demanda un reconocimiento general de la teoría del realismo.

3- ¿Considera que es necesario el privilegio de la responsabilidad limitada para el funcionamiento de una sociedad anónima?

Pregunta 3	
Si	22
No	28
No contesta	0
Total	50



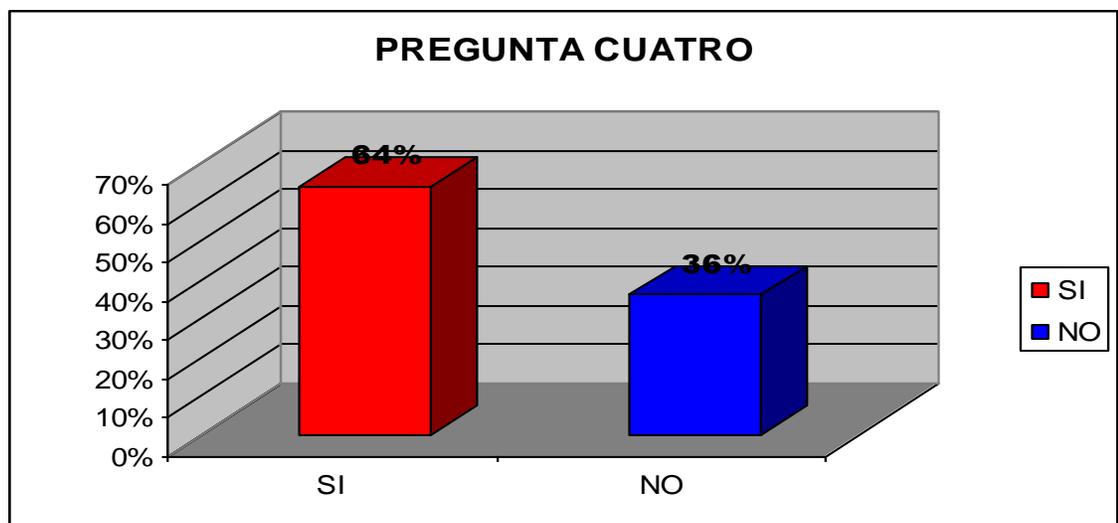
Frente a la pregunta de que considera que es necesario el privilegio de la responsabilidad limitada para el funcionamiento de una sociedad anónima, el 45% respondió que si, mientras un 55% manifestó que no es necesario.

Los resultados que arroja este ítem hasta cierto punto son una consecuencia de la postura que se adopta en la discusión de la naturaleza de la personalidad jurídica, aunque las proporciones varíen de formas muy marcadas, debido a

que el 55% que afirma que no es necesario el privilegio estarían siendo consecuentes con su apoyo a la teoría de la ficción, por otra parte el 45% que sostiene que si es necesario el privilegio estarían apoyando una postura mas realista y conforme con el derecho mercantil, que acepta la autonomía absoluta de la persona jurídica y su patrimonio en relación con los socios que la integran, lo que implica una responsabilidad limitada del socio por las actividades que realiza la sociedad.

4- ¿Considera usted que en la actualidad se realiza un trato abusivo de la personalidad jurídica en las sociedades anónimas?

Pregunta 4	
Si	32
No	18
No contesta	0
Total	50

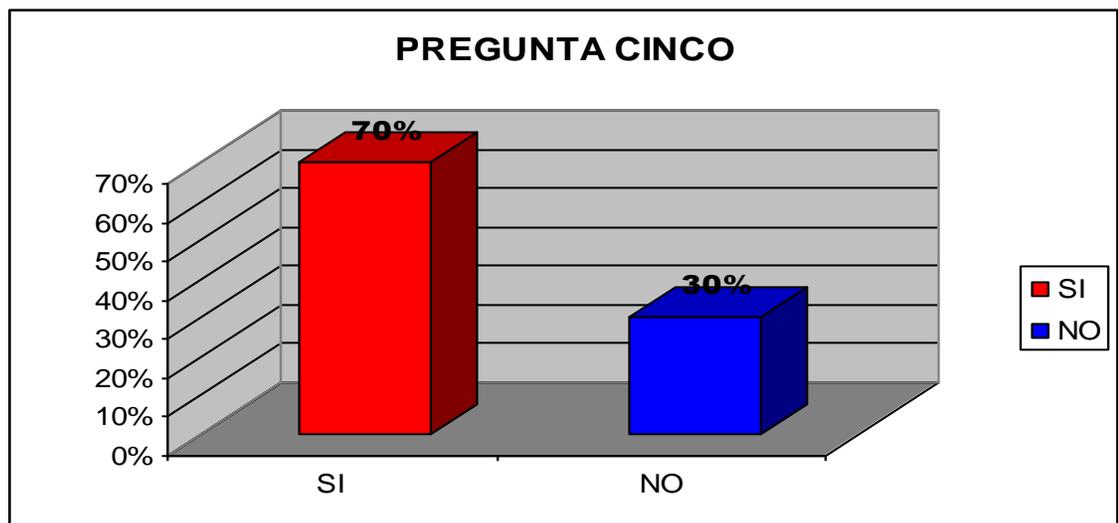


Al preguntar si considera que en la actualidad se realiza un trato abusivo de la personalidad jurídica en las sociedades anónimas salvadoreñas, un 64% respondió que si y un 36% respondió que no.

Lo que refleja que la mayor parte de los encuestados presume que las sociedades anónimas están siendo utilizadas de una forma inadecuada en perjuicio de las terceras personas que se ven involucradas con las sociedades, esto a su vez se relaciona con el hecho de que la mayoría afirma que no es necesario el privilegio de la responsabilidad limitada, estableciendo hasta el momento una conexión tacita entre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas y la responsabilidad limitada.

5-¿Para usted, el privilegio de la responsabilidad limitada da la pauta para que se generen conductas abusivas por parte de los accionistas?

Pregunta 5	
Si	35
No	15
No contesta	0
Total	50



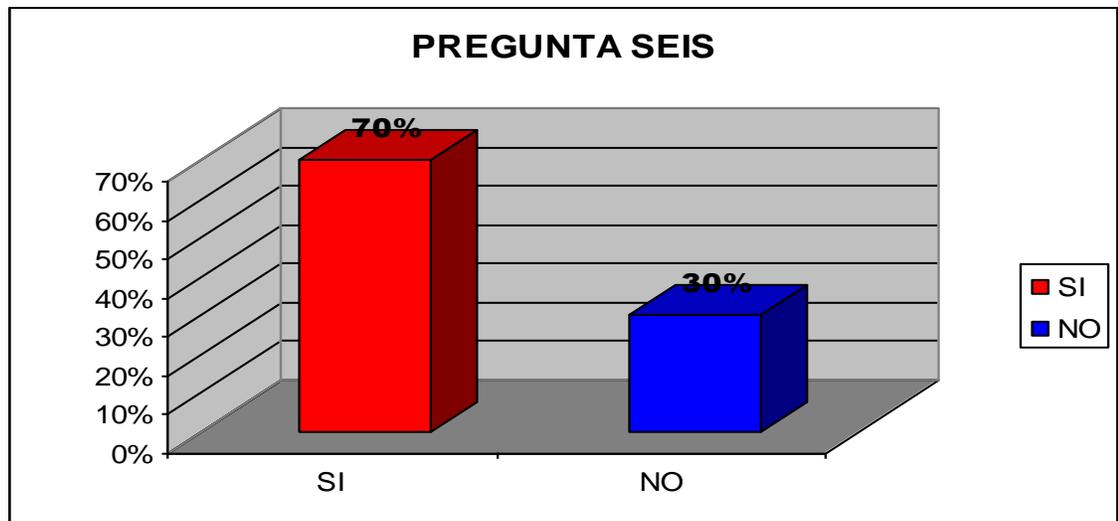
Al preguntar explícitamente si el privilegio de la responsabilidad limitada da la pauta para que se generen conductas abusivas por parte de los accionistas, el 70% respondió que si frente a un 30% que respondió que no.

Esto de alguna forma riñe con algunos principios reconocidos por la legislación vigente en el sentido de que la buena fe se presume y por tanto los contratos y consecuentemente las obligaciones inmersas en ellos deberán de cumplirse de buena fe. Es importante recalcar que no es el privilegio de la responsabilidad limitada en si mismo lo que produce el abuso de la

personalidad jurídica, si no las conductas que al amparo de dicha figura pueden ejecutarse, ya que en muchos casos se permite que aun existiendo la posibilidad de que un socio cumpla con las obligaciones contractuales o extracontractuales que haya adquirido la sociedad, este las evada valiéndose del privilegio que se le otorga, debido a que el artículo 127 del código de comercio claramente establece que los socios limitaran su responsabilidad al valor de sus acciones.

6- ¿Cuándo existe un abuso de la personalidad jurídica, es necesario que se desconozcan los privilegios para conocer a los verdaderos responsables?

Pregunta 6	
Si	35
No	15
No contesta	0
Total	50

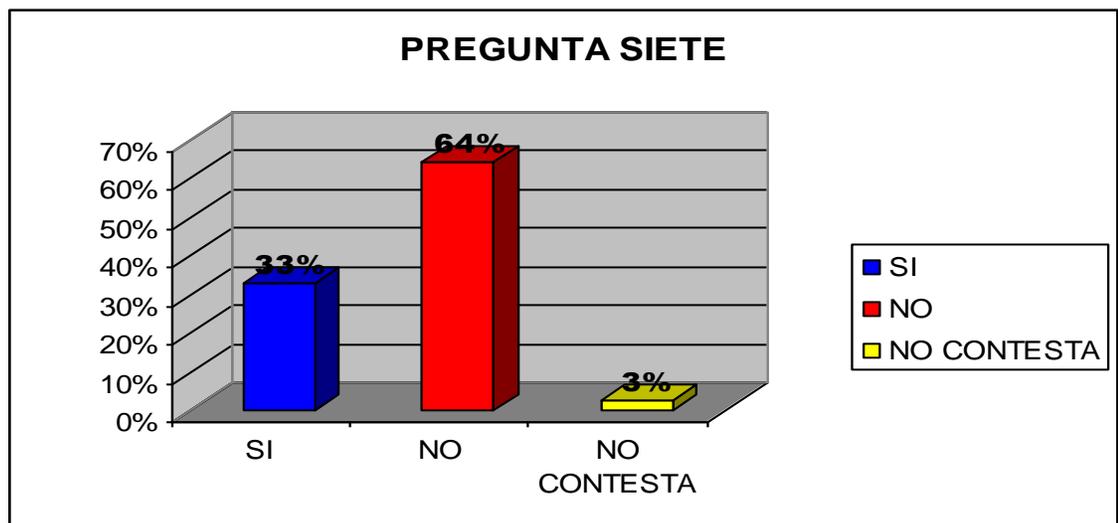


Al preguntar cuando exista un abuso de la personalidad jurídica, es necesario que se desconozcan los privilegios que se les otorgan a los accionistas, el 70% de los encuestados contestaron que si y un 30% contesto que no, observándose con ello una contradicción con las preguntas dos , ya que al preguntarles cual de las teorías explica la naturaleza de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas el 79% contesto que es la teoría de la ficción y es de tomar en cuenta que, esta teoría no reconoce los privilegios ni la

personalidad jurídica de la sociedad dándose así, una clara confusión al contestar, ya que al reconocer la teoría de la ficción, no se está reconociendo la separación de patrimonios y con ello el privilegio de la responsabilidad limitada, que es uno de los privilegios que se tiene que desconocer para conocer a los verdaderos responsables del abuso de la personalidad jurídica.

7- ¿Conoce usted un mecanismo legal que contrarreste el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas salvadoreñas?

Pregunta 7	
Si	17
No	32
No contesta	01
Total	50



Al consultarles si conocían un mecanismo legal que contrarreste el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas, un 64% contestó que no, un 33% contestó que si y un 3% no contestó; reflejándose con ello que la mayoría de los encuestados desconocen un mecanismo legal que contrarreste las conductas abusivas realizadas por los accionistas; no obstante el 33% que contestó que si establecieron como mecanismos legales figuras como: la caución que se encuentra regulada en el artículo 44 del Código Civil y tiene como objeto que la obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena se respalde. Son especies de caución la fianza

(artículo 2086 C.C. y artículo 1539 C.Com.), la hipoteca (artículo 2157 C.C. y artículo 1551 C.Com), y la prenda (artículo 2134 C.C. y artículo 1525 C.Com.); la finalidad de estas figuras es asegurar las obligaciones contraídas con terceros y con ello respaldar los derechos que se obtendrán en estas relaciones, considerándose por ello a estas como un mecanismo legal que contrarreste el abuso.

Las figuras mas sobresalientes dentro de la población encuestada se encuentran en el ámbito del Derecho penal, entre ellas se mencionan:

- a) La estafa y estafa agravada, artículo 215 C.Pn. y 216 N. 2 y 5 C.Pn. por considerar que estos delitos tipifican adecuadamente ciertos elementos como lo son el engaño o sorprender la buena fe de terceros, a la vez se recalca en la estafa agravada elementos como el aprovechamiento del autor de su credibilidad empresarial o profesional o la manipulación de resultados en un procedimiento o la transmisión informática de datos.
- b) Administración fraudulenta, regulada en el artículo 218 C.Pn., donde se sanciona a aquel que se encarga de administrar los bienes ajenos, negocios, operaciones y transacciones, haciendo un mal manejo de sus funciones y aprovechándose de su cargo para ocultar información en perjuicio de sus representados. Considerando que este artículo regula conductas suficientes para poder perseguir a los administradores que abusan de su posición de decisión dentro de la sociedad.
- c) Lavado de dinero y activos, este delito se encuentra regulado en una ley especial, en la que se contemplan como unos de los sujetos de aplicación de esta ley, a las sociedades mercantiles y a los grupos o conglomerados

financieros; así como los casos especiales de lavado de dinero y activos contemplados en el artículo 5 lit. a)³⁴⁹, por otra parte el artículo 6 de dicha ley establece otros delitos generadores de lavado de dinero como lo es la administración fraudulenta contemplada en el lit. c)³⁵⁰ de este artículo.

Todas estas figuras son consideradas como las más adecuadas para contrarrestar el abuso de la personalidad jurídica, por considerar los encuestados que el poder de coacción del Derecho penal es más eficaz que tratar de hacer valer la responsabilidad civil en un proceso posterior, prevaleciendo de esa manera el Derecho Penal por considerarlo más efectivo para conocer a los verdaderos responsables en las sociedades anónimas.

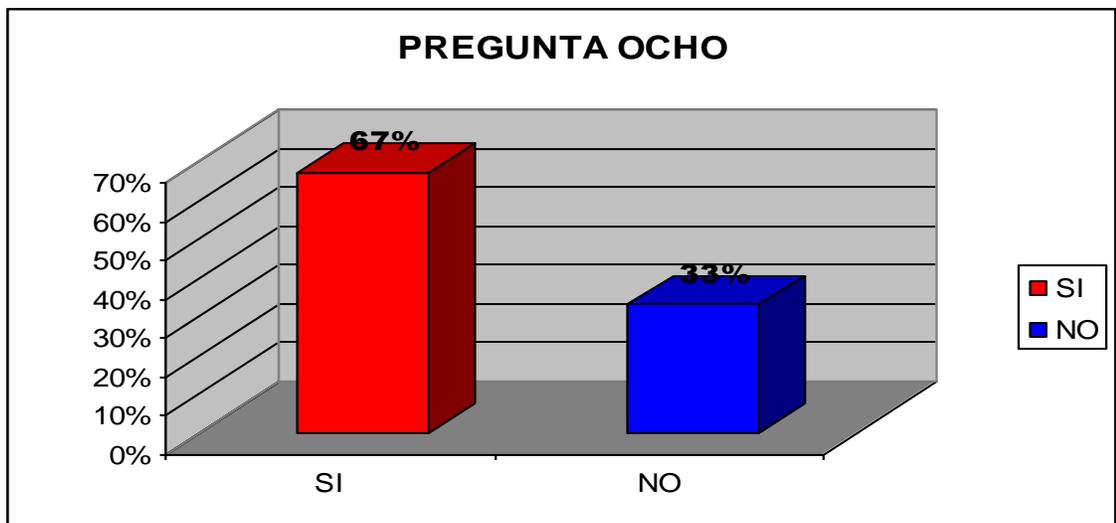
³⁴⁹ CASOS ESPECIALES DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS. Art. 5.- Para los efectos penales se consideran también lavado de dinero y de activos, y serán sancionados con prisión de ocho a doce años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales, computados conforme a lo establecido en el artículo anterior, los hechos siguientes:

a) Ocultar o disfrazar en cualquier forma la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino el movimiento o la propiedad aparentemente legal de fondos, bienes o derechos relativos a ellos, que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas;

³⁵⁰ OTROS DELITOS GENERADORES DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS. Art. 6.- Estarán sometidos a la presente Ley toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y de activos, y de manera especial en lo que fuere aplicable a los siguientes delitos: c) Administración fraudulenta;

8- ¿Conoce usted la Doctrina del Levantamiento del Velo?

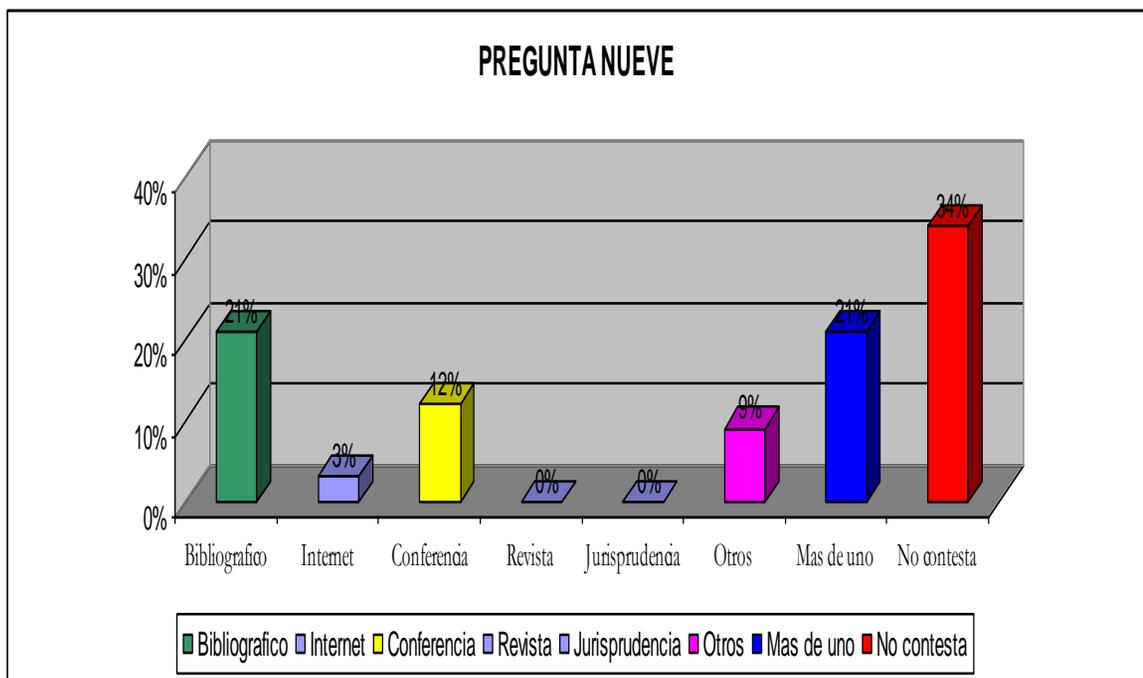
Pregunta 8	
Si	34
No	16
No contesta	0
Total	50



Ante la pregunta de si conoce la doctrina del Levantamiento del Velo, un 67% contestó que si y un 33% contestó que no, reflejándose que la mayor parte de la población encuestada posee un conocimiento de la Doctrina del Levantamiento del Velo, mientras que un 33% manifiesta desconocer totalmente dicha doctrina.

9- ¿Por qué medio conoce usted la Doctrina del Levantamiento del Velo?

Pregunta 9	
Bibliográfico	11
Internet	02
Conferencia	06
Revista	0
Jurisprudencia	0
Otros	04
Mas de uno	10
No contesta	17
Total	50



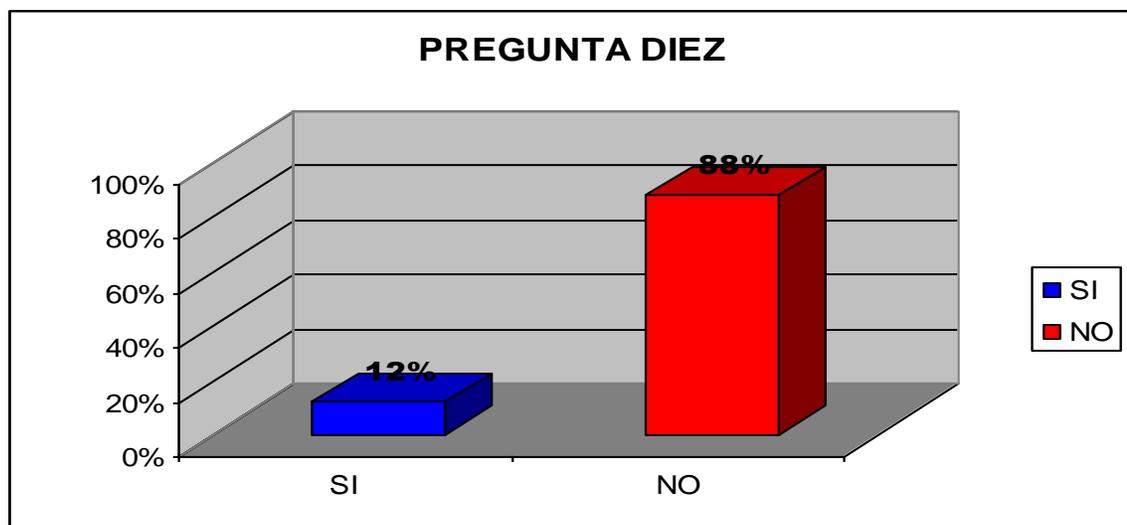
Dentro de los medios por los cuales se conoce la Doctrina del Levantamiento del Velo se establece de la siguiente manera: bibliográfico un 21%, Internet 3%, conferencia un 12%, otros 9%, 21% de la población encuestada marcaron mas de uno y un 34% no contesto, observándose con

esto, que es a través de la consulta de bibliografía donde se ha adquirido un mayor conocimiento de la doctrina; seguido de conferencias e Internet.

Sin embargo, aun existiendo los medios necesarios para conocer la doctrina, no se ha dado la debida divulgación e importancia a una figura como el Levantamiento del Velo.

10- ¿Sabe usted si esta regulada la Doctrina del Levantamiento del Velo en la Legislación vigente?

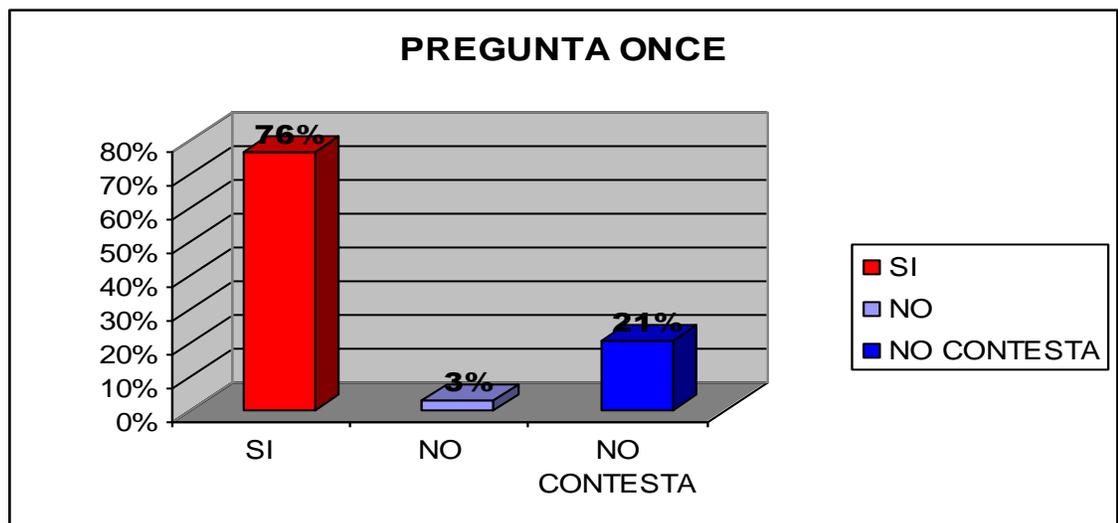
Pregunta 10	
Si	06
No	44
No contesta	0
Total	50



Con respecto a que si sabían si esta regulada la doctrina del Levantamiento del Velo en la legislación salvadoreña, un 12% contestó que si y un 88% contestó que no, así se determina que la mayoría de la población encuestada acepta que la doctrina no se encuentra regulada en nuestra legislación, quedando un vacío legal para el control de las conductas abusivas. Mientras que el 12% que consideran que esta regulada la enmarcan dentro del Derecho penal en figuras como la estafa y estafa agravada, administración fraudulenta y lavado de dinero y activos; así como dentro de figuras administrativas como la supervisión que ejerce la superintendencia de obligaciones mercantiles y la superintendencia del sistema financiero a través de la figura del auditor externo.

11- ¿Si considera que no esta regulada, diga si es necesario introducirla a la Legislación salvadoreña?

Pregunta 11	
Si	38
No	01
No contesta	11
Total	50



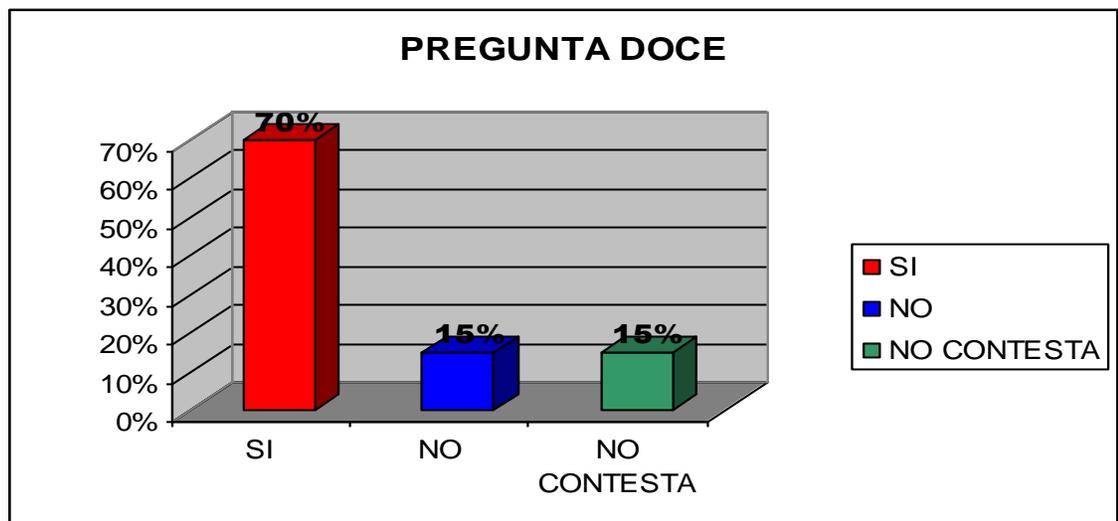
Sobre la pregunta de si considera que no esta regulada la Doctrina del Levantamiento del Velo es necesaria su introducción en la legislación salvadoreña el 76 % de los encuestados manifiesta que si es necesaria su introducción, un 21 % no responde y solo un 3% esta en contra de su introducción.

Estos porcentajes demuestran que la mayoría de la población encuestada que conoce la Doctrina del Levantamiento del Velo, están de acuerdo con su incorporación en la legislación comercial, esto demuestra que en nuestro medio

se tiene una concepción formalista del derecho, es decir, que para la mayoría es necesario que instituciones como el Levantamiento del Velo se encuentren reguladas en una ley para poder ser aplicadas dejando de lado la posibilidad de aplicarlas obedeciendo a los principios generales del derecho. Además se refleja que, si bien para algunos de los encuestados en las leyes actuales existen mecanismos para contrarrestar las conductas abusivas realizadas por los accionistas, éstos no son lo suficientemente efectivas para poder responsabilizarlos y hacerlos responder a los afectados; también se observa que existe una población que a pesar de no conocer dicha doctrina consideran que si es necesario introducir este tipo de figura, esto significa que para estas personas las herramientas legales contempladas actualmente no son efectivas. El 21% que no respondió se debe a que manifiestan desconocer la doctrina, lo que les impide dar una opinión ya sea en favor o en contra de su introducción en la legislación; y solo un 3% considera que no debe introducirse esta doctrina en la legislación salvadoreña.

12- ¿Considera usted, que la Doctrina del Levantamiento del Velo es un mecanismo efectivo para contrarrestar las conductas abusivas de las sociedades anónimas?

Pregunta 12	
Si	34
No	08
No contesta	08
Total	50



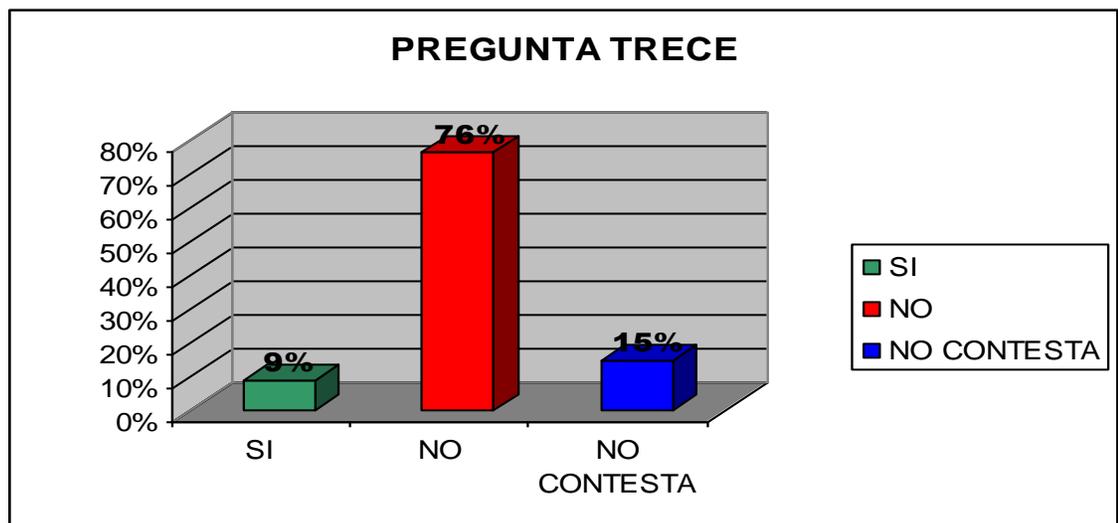
Acerca de la pregunta de si considera que la Doctrina del Levantamiento del Velo, es un mecanismo efectivo para contrarrestar las conductas abusivas de las sociedades anónimas un 70% de la población encuestada considera que si es un mecanismo efectivo, mientras que un 15% manifiesta que no es un mecanismo efectivo y un 15% no respondió a dicha pregunta.

Estos porcentajes demuestran que la mayor parte de encuestados que tienen conocimiento de la doctrina e incluso que no la conocen consideran que

esta sería un mecanismo efectivo para contrarrestar las conductas abusivas que puedan desarrollar los accionistas a través de las sociedades anónimas, esto demuestra que la efectividad de los medios que establecen el Código Civil y el Código de Comercio carecen de efectividad para responsabilizar a los accionistas que abusan de la personalidad del ente social para realizar conductas fraudulentas en contra de terceros. Por otra parte el 15% de los encuestados opinan que la doctrina no sería un mecanismo efectivo, esto refleja que hay un 6% de los que consideran que es necesario introducirla, pero no sería un mecanismo efectivo, lo cual es contradictorio, ya que si hay necesidad de reformar una ley se debe perseguir la efectividad de la norma; y los demás que establecen que no es un mecanismo efectivo por desconocer la doctrina; y el restante 15% no contestó la pregunta.

13- ¿Considera que la aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo afecta el Principio de Seguridad Jurídica?

Pregunta 13	
Si	04
No	38
No contesta	08
Total	50



Respecto a la pregunta sobre si considera que la aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo, afecta el principio de la seguridad jurídica un 9% opina que si afecta dicho principio, un 76% considera que no afecta el principio de seguridad jurídica y un 15% no respondió a dicha pregunta.

Los porcentajes antes mencionados, reflejan que la menor parte de los encuestados consideran que la aplicación del Levantamiento del Velo afecta el principio de seguridad jurídica, estableciendo que actualmente, ante la falta de un marco jurídico adecuado se atentaría contra dicho principio, además de

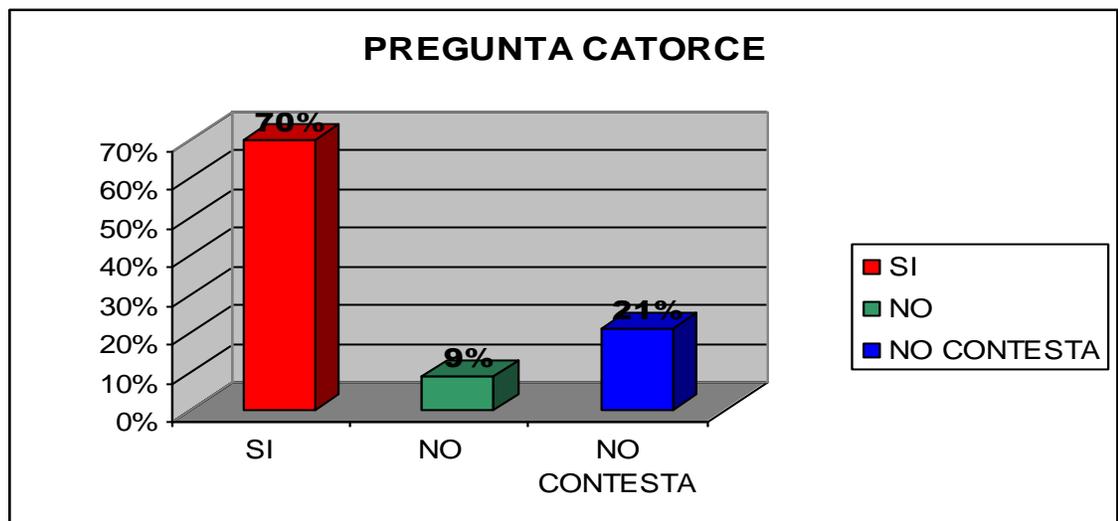
considerar que esa doctrina no es mas que una pantonimia jurídica. Mientras que el 76% consideran que la aplicación del Levantamiento del Velo no afecta el principio, dando razones tales como:

- a) Esta en juego una ponderación de principios justicia versus seguridad jurídica, y debe prevalecer la justicia, ya que de lo contrario habría inseguridad jurídica para los afectados.
- b) Ella generaría transparencia en el ejercicio del comercio y garantizaría los derechos de terceros, afectado solamente aquellos que abusan de la personalidad del ente social actuando fuera de la ley.
- c) La seguridad jurídica se constituye en una expresión de tutela de todos los que participan en una relación jurídica, y no solo para una de las partes.
- d) Es necesario que esta regulada en la ley para dar vida al principio de legalidad.

El restante 15% no contesto la pregunta.

14- ¿La Doctrina del Levantamiento del Velo, seria un mecanismo idóneo para hacer valer los derechos de terceros afectados por las conductas abusivas?

Pregunta 14	
Si	35
No	04
No contesta	11
Total	50

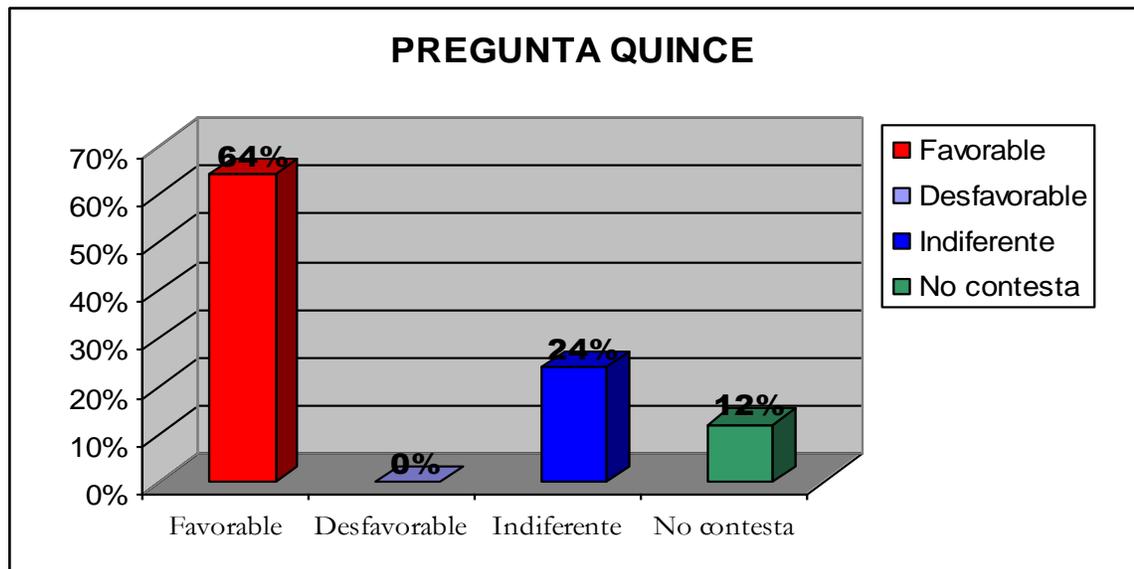


Al preguntarles si la Doctrina del Levantamiento del Velo, seria un mecanismo idóneo para hacer valer los derechos de terceros afectados por las conductas abusivas un 70% de la población encuestada considera que la Doctrina del Levantamiento del Velo si es un mecanismo idóneo para hacer valer los derechos de los terceros afectados por las conductas abusivas; mientras que un 9% dice que no haría valer los derechos de terceros y un 21% no respondió a dicha pregunta.

Los porcentajes demuestran que la mayoría de los encuestados consideran que el Levantamiento del Velo sería un mecanismo idóneo para hacer valer los derechos de los terceros afectados por las conductas abusivas que realizan los accionistas ya que, esto permitiría eliminar el ocultamiento de los actos ilícitos y descubrir los posibles intereses ocultos del socio, además permite que a los terceros se les reconozca sus intereses pudiendo materializar sus legítimas intenciones, además se garantiza la inversión de los terceros en los negocios mercantiles y permite vincular a la persona natural con sus obligaciones. Mientras que la minoría piensa que a través del Levantamiento del Velo no se harían valer los derechos de terceros afectados, y finalmente un 21% no respondió a la pregunta.

15- ¿Cuál es su posición sobre la Doctrina del Levantamiento del Velo?

Pregunta 15	
Favorable	32
Desfavorable	0
Indiferente	12
No contesta	06
Total	50



Sobre la posición acerca de la Doctrina del Levantamiento del Velo el 64% esta a favor, al 24% le es indiferente y un 12% no contesto la pregunta.

Estos resultados expresan que la mayoría de encuestados están a favor de la Doctrina del Levantamiento del Velo, ya que consideran que es un mecanismo eficaz tanto para conocer a los responsables de las conductas abusivas así como también para hacerlos responder solidaria e ilimitadamente ante los afectados por dichas conductas, lo que permitiría ejercer un mayor

control sobre los entes sociales, evitando que se materialice este tipo de actos. Mientras que al 24% de los encuestados les resulta indiferente, aquí es importante destacar que dentro este porcentaje se encuentran algunas personas que a pesar de conocer la doctrina y considerarla como un mecanismo efectivo, tanto para contrarrestar las conductas abusivas, como para hacer valer los derechos de terceros, es indiferente para ellos y un 12% no contesto a la pregunta, manteniéndose el porcentaje de los que no la conocen.

Con el resultado de los datos antes expuestos se llega a la conclusión que las hipótesis planteadas al inicio de esta investigación se comprueban o afirman por los siguientes postulados:

- 1) El mayor porcentaje de la población encuestada afirma no conocer la Doctrina del Levantamiento del Velo, existiendo así conocimiento aislado de los profesionales del derecho, referente a la figura del Levantamiento del Velo dentro del campo de la responsabilidad civil.
- 2) Al existir un desconocimiento del Levantamiento del Velo por parte de los profesionales del Derecho, estos tienen una posición favorable para la introducción de esta figura dentro de la legislación salvadoreña, como un mecanismo alternativo para respaldar y asegurar los derechos de terceros afectados.
- 3) La mayoría de la población encuestada opina que el Levantamiento del Velo es un mecanismo efectivo para contrarrestar el abuso de la personalidad jurídica de la sociedad anónima realizado por los accionistas.

4) La mayoría de encuestados opinan que la doctrina del Levantamiento del Velo es un mecanismo idóneo para hacer valer el Derecho de los terceros afectados por las conductas abusivas realizadas por los accionistas a través de la sociedad.

5.3 Realidad Nacional.

La legislación salvadoreña, no contempla la Doctrina del Levantamiento del Velo, pero posee algunas figuras a través de las cuales pretende hacerle frente a los diferentes abusos que presentan las sociedades anónimas, por ello es necesario hacer un breve recorrido por los diferentes niveles de protección que contempla el ordenamiento jurídico salvadoreño.

a) Legislación Actual.

El mundo económico moderno impuso a los Estados la necesidad de implementar políticas económicas encaminadas a la creación de entes societarios capaces de competir, no solo a nivel nacional sino también internacional, limitándose estos a garantizar las condiciones necesarias para el libre desenvolvimiento de los ciudadanos y por lo tanto, no debían actuar en los campos de las autonomías privadas, entre las cuales se encuentran, las económicas y la libre iniciativa empresarial.

El Estado salvadoreño no fue la excepción y reconoció en sus leyes:

- a) Primarias: Constitución de 1983,
- b) Secundarias: Código Civil y Código de Comercio, principios como el de la libertad de asociación (art. 7 Cn.), libre disposición de

bienes (art. 22 Cn.), orden económico (art. 101 Cn.), así como el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 26 Cn. y arts. 21, 22, 23, 24 y 25 C.Com.); recociéndose en materia comercial a las sociedades (art. 18 C. Com) tanto las de personas (art. 44 C.Com.) como las de capital (art. 126 C.Com), observándose una gran importancia en el trafico de comercio de las sociedades anónimas (art. 18 y 191 C.Com), en las cuales los socios o accionistas gozan de privilegios como el de la responsabilidad limitada (art. 127 C. Com) y la separación de patrimonios (art. 17 inc. 3 C.Com), lo que significa que estas sociedades son personas jurídicas independientes de sus socios, poseen su propia personalidad y su propio patrimonio, lo cual es de gran importancia para los accionistas, ya que esto les permite desarrollar mejor sus actividades comerciales, puesto que no arriesgan todo su capital, es decir que estos responden hasta el importe de sus acciones.

Sin embargo, actualmente tanto a nivel extranjero como salvadoreño estos privilegios de que gozan los accionistas en las sociedades anónimas, han dado la pauta para que se generen conductas en donde se abusa de la personalidad jurídica de la sociedad anónima para llevar a cabo conductas fraudulentas en donde se sorprende la buena fe de aquellos que se ven involucrados con las actividades que realizan estas sociedades.

En El Salvador uno de los casos mas representativo, en donde se abuso de la personalidad jurídica de la sociedad anónima fue el caso *FINSEPRO/INSEPRO* en el año 2001, en donde los principales implicados fueron absueltos, quedando los afectados sin un sujeto al cual exigir la

responsabilidad civil, pero este no ha sido el único caso en el que los afectados han sido sorprendidos en su buena fe quedando burlados por no poder exigir a los culpables la responsabilidad civil, esto se debe en alguna medida a que muchas veces los accionistas se amparan en la responsabilidad limitada para evadir sus obligaciones, pero no solo eso, también se dan situaciones como la quiebra, confusión de patrimonios y fraude de ley, conductas que actualmente se sancionan solo en el ámbito del Derecho penal a través de figuras como la estafa (Art. 215 C.Pn.), estafa agravada (Art. 216 n. 2 y 5 C. Pn.), malversación de fondos (Art. 218 C.Pn.), administración fraudulenta (Art. 6 de la ley contra el lavado de dinero y otros activos) y lavado de dinero (Art. 5 de la ley contra el lavado de dinero y otros activos).

Lo que se observa, es que en nuestro medio se utiliza el Derecho Penal en una primera instancia teniendo como fin primordial reprimir, a través de la privación de libertad estas conductas, en donde si bien es cierto se penetra en el sustrato de la sociedad para conocer a los responsables, esto se hace únicamente con el fin de probar la existencia del hecho ilícito dejando por fuera la responsabilidad civil que estos tienen frente a los afectados por dichas conductas. Actualmente se advierte que existe en nuestra legislación mercantil un vacío, ya que si bien existen instituciones como la superintendencia del sistema financiero y la superintendencia de obligaciones mercantiles que tiene como función la vigilancia de los entes societarios, no es suficiente para contrarrestar este tipo de conductas, ya que estas lo único que hacen es sancionar a la sociedad a nivel administrativo a través de la imposición de multas, lo cual no es suficiente para evitar que se den este tipo de casos.

b) Figuras a través de las cuales se resuelven las Problemáticas de Abuso de la Personalidad Jurídica en Materia Penal.

Las figuras para contrarrestar el abuso de la personalidad jurídica en las sociedades anónimas dentro de la legislación salvadoreña, se acentúan dentro del Derecho Penal estas son:

- 1- La Estafa y Estafa Agravada: que se encuentra regulada en los Arts. 215 y 216 del C.Pn. respectivamente, este tipo de delitos son muy utilizados en los casos de defraudaciones de las sociedades, engaños a terceros, sorprender la buena fe de acreedores, aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional, y la manipulación de datos en determinados negocios. Estos elementos ayudan a poder tipificar de una forma adecuada las diversas conductas de los administradores o los accionistas de las sociedades; así se convierten en una forma rápida y coercitiva del estado y los terceros afectados, de poder conocer a los verdaderos responsables de estas conductas.
- 2- Administración Fraudulenta: reconocida por nuestro C.Pn. en el Art. 218, en el cual se engloban elementos importantes como cuando el administrador o el encargado de el manejo de los negocios o bienes ajenos, perjudicare a su titular o representado, a través de la alteración en sus cuentas en los precios o condiciones de contrato, o suponiendo operaciones o gastos. Todas estas conductas ilícitas convierten la administración en falsa o fraudulenta, observándose con ello que en muchas ocasiones puede relacionarse esta figura a las cometidas por los administradores de las sociedades anónimas, y con ello iniciar un proceso penal en contra de estos y así delimitar la responsabilidad penal.

3- Lavado de Dinero y Activos: esta nueva figura, es la mas utilizada por los entes fiscalizadores de las sociedades mercantiles y los conglomerados o grupos de sociedades en El Salvador, como lo son La Superintendencia del Sistema Financiero y La Fiscalia General de La Republica; la utilización de esta figura ha permitido combatir de una forma mas precisa las nuevas conductas abusivas que se han realizado dentro de las sociedades y en los grupos de sociedades como lo son la Infracapitalizacion, y la confusión de patrimonios. Los artículos más sobresalientes para tipificar estas conductas abusivas se podrían establecer en los Arts. 4 Inc.3, Art. 5 Literal A y el Art. 6 Literales c y o³⁵¹; plasmándose en estas conductas como la ocultación, o disfrazar los movimientos de activos o propiedad legal de fondos, y la administración fraudulenta dentro de las sociedades. Con ello se pretende detener la mala estructuración de las sociedades, como el mal manejo de la economía, a través de estos entes financieros, permitiéndole al estado actuar con todo el poder coercitivo que le brinda la ley como el derecho penal para delimitar a los responsables y con ello obtener la responsabilidad penal de los sujetos involucrados.

³⁵¹ Art. 4. LVDA- El que depositare, retirare, convirtiere o transfiriere fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos o quienes hayan participado en la Comisión de dichas actividades delictivas, será sancionado con prisión de cinco a quince años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, industria y servicios al momento de dictarse la sentencia correspondiente. Se entenderá también por lavado de dinero y de activos, cualquier operación, transacción, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes y valores provenientes de actividades delictivas cometidas dentro o fuera del país.

En el caso de las personas jurídicas, las sanciones serán aplicadas a las personas naturales mayores de 18 años, que acordaron o ejecutaron el hecho constitutivo del lavado de dinero y de activos.

Las personas naturales que por sí o como representantes legales, informen oportunamente sobre las actividades y delitos regulados en la presente Ley, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad.

Art. 5. LVDA- Para los efectos penales se consideran también lavado de dinero y de activos, y serán sancionados con prisión de ocho a doce años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales, computados conforme a lo establecido en el artículo anterior, los hechos siguientes: a) Ocultar o disfrazar en cualquier forma la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino el movimiento o la propiedad aparentemente legal de fondos, bienes o derechos relativos a ellos, que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas;

Art. 6. LVDA- Estarán sometidos a la presente Ley toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y de activos, y de manera especial en lo que fuere aplicable a los siguientes delitos:

c) Administración fraudulenta;

o) Estafa;

El combatir las diversas conductas abusivas generadoras de fraude dentro de las sociedades anónimas en El Salvador, ha creado dentro de la legislación salvadoreña instrumentos legales que permiten delimitar una responsabilidad penal a los autores de este trato abusivo, con ello se aprueba imponer sanciones mas duras dentro de la legislación penal, tomándose principios como el “*societas delinquere non potest*”, esta figura es muy aceptada dentro derecho penal moderno ya que se toma ha este como base para poder delimitar una responsabilidad de el ente jurídico que ha abusado de la personalidad jurídica de la sociedad³⁵². Este principio deduce de determinadas personas físicas una responsabilidad penal puramente objetiva para hacer responsables civilmente a la sociedad (responsable subsidiaria), y así satisfacer, en la vía penal, pretensiones civiles. Es decir, que la revisión del principio “*societas delinquere non potest*” no sólo tiene fundamento en razones político-criminales de prevención, sino también en razones dogmáticas y de defensa de derechos fundamentales de las personas físicas.

A pesar de todas estas medidas es de hacer notar que no se esta realizando una verdadera protección a los derechos de terceros afectados en estas relaciones, ya que en todos los casos la responsabilidad civil que debe garantizar los intereses de estos para el resarcimiento de los daños no es del todo una realidad. La responsabilidad civil se vuelve una ilusión para los terceros y para poder obtener una verdadera indemnización deben ellos promover nuevos procesos legales en materias civil o mercantil para el pago de

³⁵² Lo único que se quiere destacar es que, aún cuando se acepte como principio el aludido aforismo *societas delinquere non potest*, la persona jurídica o entidad de hecho (empresa) puede sufrir, realmente en algunos casos, las consecuencias de los delitos cometidos en su ámbito de actividad (responsabilidades en el sentido de «responder», de derivarse de). Consecuencias de carácter aflictivo que, sin duda, suponen una limitación de sus derechos patrimoniales o de otra índole. [www. Unifr.ch./derecho penal](http://www.unifr.ch/derecho%20penal) Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión Luis Rodríguez Ramos Consultada el día 25 de agosto de 2006.

sus obligaciones, por lo que se vuelve para el estado un desgaste jurisdiccional y un atraso en la implementación de justicia.

El brindar un mayor protagonismo a la esfera penal, no asegura por ende los derechos de terceros afectados por las conductas abusivas, de nada sirve aprender a los responsables si no se va a realizar una indemnización justa para los afectados, es por ello que se hace necesario implementar figuras que respalden estos derechos y se conviertan en una solución viable para los casos de defraudaciones como abusos a la personalidad jurídica de las sociedades anónimas.

c) Figuras a través de las cuales se resuelven las Problemáticas de Abuso de la Personalidad Jurídica en Materia Civil y Mercantil.

La legislación civil, como la mercantil, contiene algunos mecanismos a través de los cuales se puede perseguir el cumplimiento de la responsabilidad generada como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones y de las posibles defraudaciones que pueden cometerse en perjuicio de los acreedores de buena fe. Entre estas figuras se contemplan:

- 1) La rendición de cuenta: Esta se encuentra regulada a partir del Art. 569 al 575 Pr. C.; a través de ella puede solicitarse que se presente una cuenta, siempre que se presente un documento que justifique la obligación de darla; el obstáculo que puede tener esta figura es cuando la disputa fuerte sobre si hay o no obligación de rendir cuentas, se ventilan por medio de juicios de hecho o de derecho, según ella sea, y con la ejecutoria de la sentencia se pide la cuenta. Lo anterior, implica un desgaste para la parte afectada, a la cual se le impone una doble carga,

por un lado seguir un proceso para probar la existencia de la obligación de rendir cuenta, y luego iniciar un nuevo proceso para pedir la cuenta.

- 2) Las Cauciones: Otra de las formas de asegurar las obligaciones, que su posible incumplimiento y defraudaciones son las diferentes formas de caución tanto personales como es la (Art. 2086 CC y Art. 1539 CCO.), como los de carácter real, la hipoteca (Art. 2157 CC y Art. 1551 CCO.) y la prenda (Art. 2134 CC y Art. 1525 CCO). Este tipo de contratos accesorios puede respaldar en alguna medida a los acreedores, pero existen situaciones que los acreedores no pueden proveer, como es la infracapitalización, la quiebra, entre otras; para los cuales deberán seguir una escala en la en la relación de créditos, esperando el turno para el cumplimiento de las obligaciones que contrajeran con ellos.

- 3) La indemnización de daños y perjuicios, y la prueba de los elementos de las obligaciones: mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad, es por medio de la indemnización de daños y perjuicios que regula el Art. 1427 CC, en la cual además de probar el daño emergente y el lucro cesante, previamente deberán probarse todos los elementos constitutivos de las obligaciones según esta regulado en el Art. 1316 CC, probando que al momento de contratar era legalmente capaz, que el consentimiento no adolezca de vicio alguno, que recayera sobre objeto lícito que tenga una causa lícita. El problema que enfrentan muchas veces los acreedores, es que ante las contrataciones con las sociedades, según la legislación vigente, estas son las que deben responder, encontrando un candado legal, cuando estas se declaran incapaces de cumplir con las obligaciones, no siendo posible perseguir el patrimonio

en las manos de quien se encuentra, y a la vez no haciendo efectiva la correspondiente indemnización por falta de recursos económicos.

- 4) El papel de la superintendencia de las obligaciones Mercantiles y la Superintendencia del Sistema Financiero: Estas instituciones. Ejercen un control a nivel administrativo, en su carácter de vigilantes de las sociedades y sus actividades, pero es necesario que su función se intensifique y ejerzan un control más efectivo, para en un futuro evitar casos de defraudaciones tan grandes como los ya mencionados casos FINSEPRO y la OBC.

CAPITULO SEIS

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

Sumario: 6.1 Conclusiones. 6.2 Recomendaciones. 6.3 Propuesta.

6.1 Conclusiones

Al haber realizado la investigación denominada “*La Doctrina del Levantamiento del Velo como Instrumento ante el Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Anónimas realizado por los Accionistas en El Salvador*”, se ha llegado a las conclusiones siguientes:

- 1) Entre la *Sociedad Anónima* y los socios que la integran existe una incomunicación, dando vida al dogma del hermetismo de la persona jurídica, lo cual, es producto de la concepción formalista del Derecho que existe en las mayoría de Países Continentales, donde tal hermetismo es impenetrable, dando la pauta para que se generen una diversidad de abusos, que se manifiestan principalmente, a través de la sociedad unipersonal, grupos de sociedades o *holdings*, infracapitalización y fraude de ley.

- 2) En materia mercantil existe un reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades a través de la teoría de la Realidad, esto no obstaculiza que se pueda *descorrer el velo* que separa los patrimonios de los socios y la sociedad, para que se efectúe una comunicación de la responsabilidad entre socios y sociedad, siempre y cuando se comprueben circunstancias de hecho y de Derecho que configuran los conductos abusivas de la personalidad jurídica.

- 3) Debido a los abusos generados gracias a la impenetrabilidad de la Sociedad anónima, surge la Doctrina del *Levantamiento del Velo* como técnica judicial, la cual, tiene como propósito penetrar en el sustrato de Sociedad para conocer a los accionistas que integran a la *Sociedad Anónima* y que han abusado de la personalidad jurídica de ésta.
- 4) En El Salvador gran parte de profesionales del Derecho que desconocen la Doctrina del *Levantamiento del Velo*, sin embargo, reconocen que en el País existen abusos cometidos al amparo de la personalidad jurídica de la Sociedad Anónima y sus privilegios de la *responsabilidad limitada y separación de patrimonios*.
- 5) Es necesario perseguir el patrimonio de los responsables y no a la persona jurídica, independientemente en las manos de quien se encuentre dicho patrimonio; debido a que los acreedores de la sociedad contratan con ésta, bajo la confianza de que posee el respaldo suficiente para responder por sus obligaciones.
- 6) Los profesionales que conocen la *Doctrina del Levantamiento del Velo*, consideran que es un mecanismo efectivo para poder penetrar en la Sociedad Anónima y conocer quienes son los accionistas que han abusado de la personalidad jurídica de la Sociedad y así como conocer su patrimonio, lo que permite contrarrestar las conductas abusivas que se generan a través de la sociedad.
- 7) El Levantamiento del Velo procura seguridad jurídica a aquellos que se relacionan comercialmente con ésta, ya que a través de su aplicación obtiene la responsabilidad civil de parte de los accionistas responsables.

- 8) En la legislación mercantil salvadoreña existe un vacío, debido a que no existe una figura o institución que sea lo suficientemente efectiva para penetrar en el sustrato de la Sociedad Anónima, para conocer a los accionistas y su patrimonio, y menos que a través de ella se responda a los afectados por las conductas abusivas, ya que algunas de estas conductas han sido tipificadas en el Código penal, en donde si bien hay una penetración en la Sociedad Anónima en donde se descubre quienes son sus accionistas y su capital, esto es con el objeto de probar la existencia del delito y no con el afán de otorgar a los afectados la responsabilidad civil.

- 9) Es necesaria la introducción de la *Doctrina del Levantamiento del Velo* en la legislación salvadoreña, para contrarrestar las conductas abusivas que se generan, si bien no en todas las Sociedades Anónimas, existen muchos casos en los que se utiliza a la Sociedad para evadir responsabilidades y defraudar la ley por parte de los accionistas.

- 10) Actualmente, la mayoría de afectados por estas conductas pierden su capital, debido a que no obtienen la responsabilidad civil, ya que si quieren obtener la reparación del daño debe iniciar un proceso en materia civil, situación que perjudica a los afectados

6.2 Recomendaciones.

1. Desconocer la incomunicación que existe actualmente entre los socios y la sociedad anónima debe desconocerse cuando los accionistas se aprovechen de los privilegios de la responsabilidad limitada y separación de patrimonios para defraudar a los terceros y abusar de la buena fe de aquellos que se involucran con las actividades que realiza dicha sociedad.
2. Abandonar la postura que proclama el Código Civil con la Teoría de la Ficción y reconocer de manera generalizada la Teoría de la Realidad de la Personas Jurídicas.
3. Realizar una mayor divulgación de figuras de la Doctrina del *Levantamiento del Velo*, a través de revistas judiciales o de conferencias, para así contrarrestar el desconocimiento que se tiene de esta figura, por los profesionales del derecho; y con ello iniciar una nueva visión de la responsabilidad civil en relación a la indemnización de daños a terceros afectados en la degeneración de conductas abusivas por las sociedades comerciales, trayendo como consecuencia la creación de posiciones favorables para la aplicabilidad de esta figura.
4. Iniciar un papel mas activo, por parte de los aplicadores de justicia, como sujetos protagónicos e impulsores de la creación de jurisprudencia.
5. Desempeñar un rol más participativo en pro de la defensa de los derechos de terceros afectados en los casos de abuso de la

personalidad jurídica, y en general en aquellos casos donde se hayan violentado derechos fundamentales en las personas.

6. Transformar a los jueces en ejecutores de los principios generales del Derecho como la Buena Fe y la Equidad.
7. Promover la aplicación de la sana crítica dentro de los procesos civiles y mercantiles.
8. Desconocer los privilegios de las sociedades anónimas, en casos como el fraude a la ley, los grupos de sociedades o conglomerados financieros, incumplimientos de normas contractuales o extracontractuales, aprovechamiento de la buena fe de terceros, infracapitalización, administración fraudulenta entre otros, por constituir un escudo legal que muchas veces toman los controladores o los socios mayoritarios de las sociedades para realizar conductas abusivas en contra de terceros y el propio Estado.
9. Incorporar el *Levantamiento del Velo* dentro del derecho interno, a través de la Inoponibilidad de la Persona Jurídica, para garantizar la responsabilidad civil de los autores de las conductas abusivas, respaldando con esto los derechos de terceros.
10. Introducir dentro de nuestro Código civil, un juicio de daños que tenga como objetivo el resarcimiento de los daños emergentes y el lucro cesante que se haya obtenido por parte de los terceros afectados por el abuso a la personalidad jurídica.

6.3 Propuesta.

Para lograr que la Doctrina del Levantamiento del Velo sea implementada por los juzgadores salvadoreños y de esa forma combatir el flagelo del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas, es necesario reforzar una serie de áreas, las cuales son indispensables para alcanzar verdaderos resultados positivos, a través de esta técnica judicial, tales como:

a) Necesidad de reformar el Código de Comercio.

Una característica muy importante que posee el Derecho mercantil, es la de ser muy dinámico, esto se debe a las exigencias comerciales internacionales que requieren de constante transformación, dando la pauta para que surjan instituciones y figuras que permiten agilizar y facilitar el tráfico comercial; pero también han surgido instituciones basadas en los principios generales del Derecho que tienen por objeto asegurar a quienes intervienen en las relaciones comerciales.

En El Salvador lo concerniente a los comerciantes, actos de comercio y cosas mercantiles, se regula a través del Código de Comercio, el cual data del año mil novecientos setenta, es decir, cuenta con treinta y seis años de vigencia, esto implica que hay muchas innovaciones que no son contempladas por dicho Código y por lo tanto es necesario reformarlo.

En ese sentido, un caso que requiere especial atención es el concerniente a las sociedades de capital, específicamente respecto a la sociedad anónima, la cual se caracteriza por que sus accionistas gozan de los privilegios de la responsabilidad limitada y separación de patrimonios, los cuales han servido para motivar a las personas para participar del comercio a través de

entes sociales que les permiten alcanzar fines que individualmente les es difícil alcanzar y además tienen la ventaja de no arriesgar todo su patrimonio ya que solo responden hasta el importe de sus acciones, aunque estos privilegios, si bien no en la generalidad, existen algunos entes societarios que han sido creados para lograr fines ilícitos, en donde los socios se amparan en la responsabilidad limitada y separación de patrimonios para realizar conductas como defraudación de ley, evasión de responsabilidades, ya sea contractuales o extracontractuales, confusión de patrimonios, infracapitalización de la sociedad, entre otras; las cuales actualmente se resuelven a través del Derecho penal, en donde si bien se penetra al sustrato de la sociedad para conocer a los accionistas y su patrimonio, esto solo se hace para probar la existencia del delito, pero los afectados no logran satisfacer su pretensión, es decir que no obtienen de los culpables la responsabilidad civil, sino que luego de que se dicta la sentencia respectiva, al afectado le queda abierta la posibilidad de iniciar un juicio de reparación de daños, en donde debe probar el daño emergente y el lucro cesante; lo cual implica un mayor desgaste del perjudicado que muchas veces ha invertido todo su capital y debido al actuar de la sociedad lo pierde todo, quedando sin los medios económicos para iniciar el proceso.

Debido a esta situación, se cree conveniente introducir en la legislación mercantil una serie de reformas encaminadas a dar una mayor seguridad a aquellos que se relacionan comercialmente con las sociedades anónimas. Así una de las reformas debería inc. introducirse en el artículo 17 inc. 3 en el sentido de que, si bien estas sociedades gozan de personalidad jurídica la cual es independiente de los socios que la integran, tal independencia no podrá alegarse en caso de probarse que los accionistas actuaron de mala

fe para perjudicar a quienes se relacionan comercialmente con el ente social.

Debe reformarse el artículo 127 que contempla la responsabilidad limitada al valor de sus acciones, y establecer que dicho privilegio no amparara a aquel sujeto al que se le haya probado que actuó fraudulentamente abusando de la buena fe de quienes intervinieron en la relación comercial con la sociedad para enriquecerse particularmente.

Introducirse un artículo que contemple la Doctrina del Levantamiento del Velo, para una serie de casos que debe enumerarse en dicho artículo; esto contribuiría a contrarrestar los abusos de la personalidad jurídica de la sociedad anónima que se producen en la actualidad.

b) El Protagonismo del Juez en la Aplicación de la Doctrina del Levantamiento del Velo.

La aplicación del Levantamiento del Velo debe complementarse con el papel protagonista de los jueces, ya que son estos los propulsores de hacer valer esta figura dentro del campo normativo interno; los aplicadores de justicia deben tomar como base a los principios generales del derecho para realizar una actividad más justa y equilibrada. Los jueces deben realizar un estudio más profundo de La Doctrina del Levantamiento del Velo para poder aplicar equitativamente los presupuestos doctrinales de esta figura, deben iniciar una participación, más activa de sus funciones y no quedar en la mediocridad al aplicar el derecho; estos deben convertirse en sujetos representativos, activos, y iniciadores de una verdadera aplicación de justicia dentro de aquellos casos donde se han vulnerado derechos de

terceros a través de las diversas conductas abusivas que se han degenerado dentro de las sociedades comerciales; es por ello que se pide que los jueces se conviertan en creadores de jurisprudencia mas acorde con las exigencias del mundo globalizado.

c) El Levantamiento del Velo en la Fundamentación de la Sentencia.

Es necesario brindarle una apertura a la doctrina del Levantamiento del Velo a nivel procesal, así, junto con el papel mas protagónico del juez, al no limitarse a ser simplemente la boca de la ley, es importante que se consigne en la fundamentación de las sentencias de los Principios Generales del derecho, así se le debe permitir al juez que se auxilie de ellos para dictar sus decisiones, valorando de esta forma en un sentido mas amplio aspectos como la buena fe, ya no solo como algo abstracto, sino como una circunstancia que se presenta al celebrar los contratos y cumplir con las obligaciones.

Los Principios Generales del Derecho, son normas de carácter universal que deben estar presentes en todos los ordenamientos jurídicos, por medio de su implementación concreta en los actos de decisión, podrá viabilizarse el hecho de desconocer el privilegio de la responsabilidad limitada y permitir que los socios respondan con sus patrimonios al efectuar conductas abusivas valiéndose de la personalidad jurídica de la Sociedad y la separación de patrimonios.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. “*Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones en General*”, 4ª Edición, Editorial Nacimientos, Santiago de Chile, 1943.

BOLDO RODA, Carmen. “*Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*”, 3ª Edición, Editorial Aranzadi, Madrid, España, 2003.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. “*La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*”. 4ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “*La Persona Jurídica Funciones y Disfunciones*”. 1ª Edición, Editorial ADC, Madrid, España, 1981.

DOBSON, Juan M. “*El Abuso de la Personalidad Jurídica (en el Derecho Privado)*”. 1ª Edición, Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1985.

EMBED IRUJO, Jose M. “*El Levantamiento del Velo de la Sociedad Anónima (Doctrina Jurisprudencial sobre la Responsabilidad de los Socios por las Deudas de la Sociedad)*”. Tribuna Social, Num 17, España, 1992.

GARCIA RENDON, Manuel. “*Sociedades Mercantiles*”. 1ª Edición, Editorial Harla S.A de C.V., Mexico, 1993.

GIRON TENA, Jose. *“Derecho de Sociedades”*. 1ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, España, 1976.

HERRERA FONSECA, Rodrigo. *“La Doctrina del Levantamiento del Velo de las Personas Jurídicas y su Responsabilidad por los Hechos Ilícitos Penales”*. 1ª Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San Jose, Costa Rica, 2000.

LARA VELADO, Roberto. *“Introducción al Estudio del Derecho Mercantil”*. 1ª Edición, Editorial Universitaria de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1972.

LEFEBVRE, Francis. *“Responsabilidad de los Administradores, Levantamiento del Velo”*, 1ª Edición, Editorial Dossier Practico, Madrid, España, 2000.

MARTINEZ ROLDAN, Luis y otros. *“Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica”*, 1ª Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1994.

OLIVENCIA, M. *“La Confusion de Patrimonios y el Art. 285 del Código de Comercio”*. 1ª Edición, Editorial Ariel S.A, Madrid, España, 1995.

POLO, Antonio. *“En su Prologo a la obra de Rolf Serick, Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles, el Abuso del Derecho por medio de la Persona Jurídica”*. 1ª Edición, Editorial Ariel S.A, Madrid, España, 1958.

PUIG BRUTAU, J. *“La Responsabilidad de los Administradores en la Sociedad Anonima”*. 1ª Edición, Editorial RDP, Madrid, España, 1962.

RICHARD Y MUIÑO. *“Derecho Societario”*. 1ª Edición, Editorial Advocatus, Cordoba, España, 1996.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. “*Derecho Civil Mexicano*”. 2ª Edición, Editorial Antigua Librería Robredo, México, 1949.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. “*Introducción al Estudio del Derecho*”. 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1967.

SANCHEZ AGESTA, L. “*Sistema Político de la Constitución Española*”. 1ª Edición, Editorial Civistas, Madrid, España, 1978.

SERICK, Rolf. “*Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*”. 1ª Edición, Editorial Ariel S.A., Madrid, España, 1958.

UNGO, Guillermo Manuel. “*La Evolución Contemporánea del Derecho y la Teoría del Abuso del Derecho*”. 1ª Edición, Editorial Universitaria de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1963.

URIA, Rodrigo. “*Derecho Mercantil*”. 1ª Edición, Editorial Marcial Pons, Librero Editor, España, 2001.

LEGISLACIÓN

Código Civil de El Salvador; Gaceta Oficial N°85 Tomo 8, 14 d abril 1860.

Código Civil de España; Real Decreto 24 de julio de 1889.

Código de Comercio de Argentina; 1944.

Código de Comercio de El Salvador; Diario Oficial 140, Tomo 228, N° 671, año 1970.

Constitución de El Salvador; Diario Oficial 234, Tomo 281, N° 38, 1983.

Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos de El Salvador; Diario Oficial 240, Tomo 341, N° 498, año 1998.

Ley de Arrendamientos Urbanos de España; BOE 282 1994, 29/Jefatura de Estado.

Ley de Bancos de El Salvador; Diario Oficial 181, Tomo 344, N° 697, año 1999.

Ley de Concursos y Quiebras de Argentina; 24.522, 20 de julio 1995.

Ley de Sociedades Comerciales de Argentina; N° 22903, BO 15 de septiembre de 1983.

Ley de Sociedades Anónimas de España; Real Decreto Legislativo 1564/1989, BOE N° 71 2/1995.

Ley de Sociedades Comerciales de Argentina; Decreto N° 841/84 BO 30 de marzo de 1984 .

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Argentina; 23 de marzo 1995, BO 2/1995.

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España; Ley 2/1995 BOE 273 reformando 15/11/2005.

REVISTA

DE LA CAMARA. “*La Sociedad Unipersonal y la Responsabilidad del Dominus Societas*”. Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona, el 5 de noviembre de 1973, Revista la Notaria, Barcelona, 1º trimestre, 1974.

DUER, Gabriela J. “*Extensión de la Quiebra*”. Revista Doctrina Societaria de Errapar, Tomo XII, N° 159, Argentina, 2001.

EMBED IRUJO. “*La Problemática de los Grupos*”. RDS, año II, Num. 2, Madrid, España, 1994.

PÁGINAS WEB

www.cpacf.org.ar. consultada el 18 de Agosto de 2006.

[www.Unifr.ch/derecho penal](http://www.Unifr.ch/derecho%20penal). consultada el 18 de Agosto de 2006.

www.Zur2.com/fcjp/Zerpa.hpm. consultada el 26 de Marzo de 2006.

ANEXOS

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



Encuesta dirigida a: abogados en el libre ejercicio de la profesión, Docentes de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, Docentes de las Escuelas de Derecho de Universidades Privadas y Funcionarios de Instituciones Públicas y Privadas (Superintendencia del Sistema Financiero, Defensoría del Consumidor, Cámara de Comercio, FUSADES, FESPAD).

“La Doctrina del Levantamiento del Velo como Instrumento ante el Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Anónimas realizado por los Accionistas en El Salvador”.

Objetivo: Conocer el dominio que tienen los profesionales del Derecho sobre la Doctrina del Levantamiento del Velo.

Indicaciones: Marque con una “X” su respuesta. Usted es muy importante para el desarrollo de ésta investigación. Gracias por su colaboración.-

Interrogantes:

1- Conoce las teorías que explican la naturaleza de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas.

Nada Poco Regular Mucho

2- Cual de las teorías, según la legislación vigente explica la naturaleza de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas.

Teoría de la Ficción teoría de la realidad Otra

3-Considera que es necesario el privilegio de la responsabilidad limitada para el funcionamiento de una Sociedad Anónima.

Si No

4-Considera usted que en la actualidad se realiza un trato abusivo de La personalidad jurídica en las Sociedades Anónimas salvadoreñas.

Si No

5- Para usted, el privilegio de la responsabilidad limitada da la pauta para que se generen conductas abusivas por parte de los accionistas

Si No

6- Cuando existe un abuso de la personalidad jurídica, es necesario que se desconozcan los privilegios para conocer a los verdaderos responsables.

Si No

7- Conoce usted un mecanismo legal que contrarreste el abuso de la personalidad jurídica de las Sociedades Anónimas salvadoreñas.

Si No

Si su respuesta fué si, diga cual. _____

8- Conoce usted La Doctrina del Levantamiento del Velo.

Si No

9- Por que medio conoce usted La Doctrina del Levantamiento del Velo.

Bibliográfico Internet Conferencia Revista Jurídica

Jurisprudencia Otros

¿Cuáles? _____

10- Sabe usted si está regulada La Doctrina del Levantamiento del Velo en la Legislación vigente.

Si No

Si su respuesta es si, diga donde se encuentra regulada _____

11- Si considera que no esta regulada, diga si es necesario introducirla a la Legislación salvadoreña.

Si No

¿Porqué? _____

12- Considera usted, que La Doctrina del Levantamiento del Velo es un mecanismo efectivo para contrarrestar las conductas abusivas de las sociedades anónimas.

Si No

¿Porque? _____

13- Considera que la aplicación de La Doctrina del Levantamiento del Velo afecta el principio de la seguridad jurídica.

Si No

¿Porque? _____

14- La Doctrina del Levantamiento del Velo, sería un mecanismo idóneo para hacer valer los derechos de terceros afectados por las conductas abusivas.

Si No

¿Por que? _____

15- Cual es su posición sobre La Doctrina del Levantamiento del Velo

Favorable Desfavorable Indiferente

¿Por qué?: _____

16- Podría agregar una observación o sugerencia en lo referente a La Doctrina del Levantamiento del Velo:

Gracias.

SENTENCIAS CONSULTADAS.

ARGENTINA.

Sentencia KONER Sa S/Quiebra, S/Incidente de extensión de la quiebra a Sudamtex Sa, 1998.

Sentencia Veca Constructora S.R.L. 1998.

Sentencia Ceretti C/Ditto 1998.

Sentencia El Palacio del Fumador, 1996.

Sentencia Electromecánica Na-Riel SRL, 1998.

Sentencia Salazar C/ Forestal El Milagro, 1998.

ESPAÑA.

Sentencia de 29 de abril de 1994. De la Audiencia Provincial de Vizcaya.

Sentencia de 3 de junio de 1991. Tribunal Supremo de España.

Sentencia del 20 de junio de 1991. Sala Primera del Tribunal Supremo.

Sentencia de 23 de noviembre de 1993. Sala Primera del Tribunal Supremo.

Sentencia del 22 de mayo de 1995. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Sentencia del 16 de noviembre de 1993. Tribunal Supremo.

Sentencia del 30 de enero de 1997. Sala Primera del Tribunal Supremo.

ESTADOS UNIDOS.

Sentencia MEYER vs. HOLLEY et al. Del 22 de enero de 2003. Supreme Courts of Justice.