



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DERECHO

Criterios de Intervención o Desconocimiento de la Personalidad Jurídica: El Levantamiento del Velo

Presentado por:

Unai Loiarte Miguel

Tutelado por:

Marina Echebarría Sáenz

Valladolid, 15 de julio de 2024

La naturaleza de las persona jurídica es tan inexplorada como la naturaleza misma del ser humano

SERICK

ÍNDICE

Criterios de Intervención o Desconocimiento de la Personalidad Jurídica: El Levantamiento del Velo

Contenido

1. ABREVIATURAS.....	6
2. INTRODUCCIÓN	7
3. FORMACIÓN Y DEFORMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	8
3.1 Definición y concepto de personalidad jurídica	8
3.2 De la naturaleza de las personas jurídicas	10
3.3 De las distintas teorías de la Personalidad Jurídica.....	11
3.3.1 Conflicto polisémico que existe entre las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.	13
3.3.2 Las personas jurídicas de interés general o público y las personas jurídicas de interés particular o privado.....	15
3.3.3 La capacidad civil de las personas jurídicas el Ordenamiento Jurídico español: Corporación, asociación y fundación.	17
3.4 El límite de la responsabilidad societaria.....	28
4. LAS POSTURAS DE SERIK Y ASCARELLI.....	30
5. LA PERSONA JURÍDICA COMO SIMBOLO LINGÜÍSTICO. CONCEPCIÓN DE LA DOCTRINA FILOSÓFICO-ANALÍTICA:	41
6. DELIMITACIÓN DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN ESPAÑA	46
6.1 ¿Qué es la Doctrina del Levantamiento del Velo? Definición y características	46
6.2 Antecedentes: doctrina de terceros.....	47
6.3 SSTs de 8 de enero de 1980 y 28 de mayo de 1984.....	50
6.4 Elementos fundamentales para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo	53
6.4.1. Elemento objetivo	53
6.4. 2. Elemento subjetivo.....	54
6.4.3. Uso reservado	55
6.5 Formulación de la doctrina del levantamiento del velo: STS 28 de mayo de 1984	56

6.6 El conflicto entre el valor justicia y el principio de seguridad jurídica	60
7. FUNDAMENTACIÓN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO	64
7.1 La Equidad. Concepto y funciones	65
7. 2. El fraude de Ley y el abuso del derecho.....	71
7. 3 La buena fe	76
7.3.1. Doctrina de los actos propios y el levantamiento del velo	80
7. 4. El abuso del derecho	82
7.4.1. Consecuencias del abuso del derecho	85
7.4.2. El abuso del derecho como fundamento del levantamiento del velo	86
7.4.3. Distinción entre abuso de derecho y ejercicio antisocial.....	87
7.5. Distinción entre el abuso del derecho y el fraude de ley.....	88
8. EL PROBLEMA DEL CRITERIO RECTOR, CASUÍSTICA Y JURISPRUDENCIA	89
8.1 Casos de sociedades unipersonales: confusión de patrimonios o esferas. Identidad de sujetos.	90
8.2 Grupos de sociedades: Dirección externa. Holding.	92
8.2.1. Trabajadores de la sociedad dependiente:	94
8.2.2 Socios Externos:	95
8.2.3. Acreedores de la sociedad filial.....	97
8.2.4 Acción de responsabilidad y conflicto de intereses entre matriz y filial.....	98
8.3 Casos de infracapitalización: Insuficiencia de capital y la responsabilidad limitada de los socios.....	100
8.4 Casos de abuso de la personalidad jurídica, abuso en fraude de ley o incumplimiento de obligaciones.....	103
9. POSTURAS QUE RECHAZAN Y/O CRITICAN LA FUNDAMENTACIÓN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO	105
9.1 interpretación finalista de las normas	106
9.2 la responsabilidad de los socios conforme a la interpretación finalista	107
10. CONCLUSIONES	108
11. BIBLIOGRAFÍA.....	113

RESUMEN

El objetivo del presente Trabajo de Fin de Grado no es otro que el análisis de los criterios de intervención o el desconocimiento de la personalidad jurídica para la consiguiente aplicación por los tribunales de la controvertida doctrina del levantamiento del velo societario.

Analizaremos las diversas teorías por las que ha pasado la persona jurídica, desglosando las consecuencias jurídicas que se derivan, en especial el privilegio de la responsabilidad limitada de los socios, cuestión ésta discutida incansablemente entre las doctrinas que han ido a lo largo de los tiempos dando forma a la personificación de los entes hasta la actualidad.

Estudiaremos, igualmente, las diversas opiniones que ha habido entorno a esta doctrina para culminar el trabajo con un alegato crítico y formado de los criterios de aplicación de la doctrina de la desestimación o del levantamiento el velo.

PALABRAS CLAVE

Personalidad Jurídica – Desestimación de la Personalidad Jurídica – Independencia y Autonomía de la Personalidad Jurídica – Incomunicación Patrimonial – Capacidad de Obrar – Limitación de la Responsabilidad – Responsabilidad Independiente – Grado de Responsabilidad – Subjetividad Jurídica

ABSTRACT

The objective of this Bachelor's Thesis is to analyse the criteria for intervention or the disregard of legal personality for the subsequent application by the courts of the controversial doctrine of piercing the corporate veil.

We will examine the various theories that the legal entity has undergone, delineating the legal consequences that ensue, particularly the privilege of limited liability of the partners, an issue tirelessly debated among the doctrines that have, over time, shaped the personification of entities up to the present day.

We will also study the various opinions that have emerged regarding this doctrine to conclude the work with a critical and informed argument on the criteria for the application of the doctrine of disregard or lifting the veil.

1. ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
C. de c.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
SA	Sociedad Anónima
SL	Sociedad Limitada
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

2. INTRODUCCIÓN

La personalidad jurídica ha servido de base para la separación de riesgos y responsabilidades en las diversas ramas del derecho, permitido que las asociaciones, corporaciones y fundaciones colaboren con el Estado. También son parte de la economía y a coadyuvar en el ámbito privado, en el tráfico mercantil, como las sociedades.

Sin embargo, la personificación de estos entes ha generado grandes interrogantes. Tratando de dar respuesta a cuáles son los atributos que un ente pudiera compartir con la persona física y cuáles no; y si, la persona física, miembro de una persona jurídica, es un tercero para éste.

En el intento de determinar la naturaleza de la persona jurídica ha llegado incluso a cuestionarse varias veces la naturaleza jurídica del propio ser humano.

En cualquier caso, se ha podido constatar la efectividad del nacimiento de la personalidad jurídica, aunque también ha servido a fines diferentes de aquellos para las que fue creada, y de supuestos de abuso que requieren de una respuesta.

Precisamente en este trabajo analizaremos esa respuesta para determinar la responsabilidad derivada del uso inadecuado de la personalidad jurídica. Si la personalidad jurídica crea un sujeto independiente de imputación de derechos y obligaciones y ese ente ha sido creado como una sociedad pantalla para eludir la responsabilidad originada. Las evidencias de haber perseguido una finalidad ilícita que contraviene los principios del ordenamiento jurídico. Igualmente, en los casos de abuso de derecho o fraude de ley el beneficiario de los privilegios de la personalidad jurídica podría enriquecerse injustamente causando daño a terceros, independientemente de que haya mediado o no el elemento volitivo del dolo.

Esta respuesta no es otra que la doctrina de la desestimación que sirve de fundamento para que los órganos jurisdiccionales decidan, en determinados casos, que hay una ocultación indebida de la responsabilidad personal tras el velo corporativo o forma societaria utilizada en perjuicio de terceros. Mediante esta doctrina se penetra a través de la autonomía patrimonial de la sociedad mercantil y se alcanza el substrato personal que se encuentra oculto tras la forma societaria.

Esta doctrina pese a llevar varios años en aplicación en diversos países, ha causado grandes debates doctrinales a nivel internacional. En esta obra expondremos de la forma más sintética posible las discusiones más relevantes de algunos autores, civilistas y mercantilistas continentales, para contextualizar la aplicación que se viene dando en el territorio español, y si, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, esta doctrina es la herramienta más acertada para restituir los daños sufridos por aquellos que han visto sus derechos perjudicados por el uso indebido de la

personalidad jurídica, ya sean estos perjudicados terceros respecto a la sociedad o la misma sociedad, todo ello con independencia de la posible comisión de algún tipo delictivo.

Este estudio se ha llevado a cabo de manera neutral, exponiendo las diversas teorías que han ido surgiendo, reservando mi posición acerca del uso de la doctrina del levantamiento del velo societario para los alegatos finales de este trabajo en el apartado que hemos denominado como «Conclusiones».

3. FORMACIÓN Y DEFORMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

3.1 Definición y concepto de personalidad jurídica

Al hablar de personas jurídicas se debe de tener en cuenta que el término «*persona*» se utiliza de forma ficticia, pues persona es tan sólo el ser humano individualmente, dotado de inteligencia y voluntad *en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*, tal y como el artículo 30 del Código Civil (en lo sucesivo CC.) establece.

Es el Derecho de cada Estado quien determina los criterios y alcance de la persona jurídica, conforme al ordenamiento jurídico vigente, de ahí que podemos afirmar que son sujetos de derechos y obligaciones como los hombres y las mujeres, destinatarias de normas jurídicas que ejercitan su propia capacidad jurídica, autónoma de la de sus integrantes, a través de los órganos de representación. La persona jurídica necesita, para actuar su capacidad de obrar y para conseguir sus fines, la existencia de unos órganos que creen, emitan y ejecuten su voluntad. Esta labor es propia de las personas físicas que componen dichos órganos de representación; la conciencia y voluntad expresada por estas personas físicas debe considerarse jurídicamente como la voluntad del ente. Esta es la teoría que se conoce como teoría orgánica, dominante en nuestra doctrina¹.

Aunque la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo parece inclinarse en favor de la teoría del órgano (Ss. de 21 de marzo de 1946; 19 de junio de 1965 y 26 de mayo de 1982, entre otras). Sin embargo, nada obsta para que también pueda otorgar poderes como una persona física para realizar determinados actos o negocios jurídicos, sin necesidad de que el representante se convierta en órgano².

Por tanto, la creación de la persona jurídica siempre es un acto del Estado, por vía legal, que parte de la metáfora de asimilarla a las personas naturales, por lo que el

¹ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., «*Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*», 12ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 518

² DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*. Pág. 518, 12ª edición, Tecnos, 2012, Madrid

propio reconocimiento del Estado es lo que contribuye a que nazca. Esta decisión del ordenamiento jurídico otorga protección legal a esta apariencia jurídica evitando que se prescinda de la misma.

Así, son personas jurídicas las organizaciones a las que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de los elementos que la componen, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes³. Además, la mencionada personificación es también un expediente técnico⁴, pues evita que la agrupación de personas funcione como una suma de las mismas en cada relación jurídica, de lo contrario, si una asociación no estuviera personificada, todas las deudas que contrajeran serían deudas de los socios, y respecto de los procesos judiciales tendrían que ser todos los socios demandantes o demandados.

El Ordenamiento jurídico español concibe a las sociedades civiles y mercantiles regulares como personas jurídicas por sí, con independencia de las personas físicas de los socios que la integran; es contrato de creación de persona jurídica atribuida al ente social. Así resulta sin duda alguna de los artículos 35 y 36 del Código Civil y del artículo 1.669 del mismo Código, que considera excepcional que la sociedad no tenga personalidad jurídica. Por tanto, no puede confundirse la actuación de la sociedad como ente independiente de los socios, con la particular de cada uno de los socios, y así cuando el artículo 38 del Código Civil faculta a las sociedades para adquirir y poseer bienes de toda clase y contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, es indudable que no se refiere a las personas físicas de los que las forman. En conclusión, es un acto de autorización concedida a la sociedad como personalidad jurídica autónoma. (Sentencia de 31 de mayo de 1994, AC1070/1994)

El concepto de «personalidad jurídica» viene a reforzar el privilegio de la responsabilidad limitada de los socios frente a las deudas sociales quedando a salvo en principio de igualdad. Calificando a la sociedad anónima como persona jurídica, se crea un nuevo sujeto de derechos, quien asume la condición de comerciante, que posee un patrimonio propio, integrado por las aportaciones de los socios, pero distinto al patrimonio particular de éstos y sujeto a la responsabilidad patrimonial universal frente a sus deudores, del mismo modo que lo están las personas físicas⁵.

³ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., «*Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*», 12ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 504

⁴ GULLÓN BALLESTEROS «Comentarios al artículo 35», en los comentarios al Código Civil, Bosch, Barcelona, 2006, pg. 313 y ss.

⁵ DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 25

Es decir, que esta personalidad ficticia es reconocida por el ordenamiento jurídico en determinadas circunstancias y con los requisitos que exija el legislador en cada caso, con independencia de que sea una realidad social preexistente o no. Para VALERO AGÚNDEZ «el carácter estrictamente técnico-jurídico de la personalidad jurídica, no puede hacer olvidar que el otorgamiento de ésta por el ordenamiento no es más que un acto de configuración jurídica de una manifestación de la vida social. Porque, independientemente de que el otorgamiento de la personalidad jurídica dimane exclusivamente del Derecho positivo, existen situaciones y actividades en la vida social, en un momento prenормativo, cuya ordenación jurídica más adecuada es proporcionada precisamente por la normativa contenida bajo la expresión persona jurídica⁶».

En definitiva, el reconocimiento de la personalidad independiente de las personas jurídicas responde a la necesidad humana de poner en común bienes y/o actividades de forma estable y organizada para la consecución de determinados fines que sería más difícil o imposible de conseguir de manera individual. La personalidad jurídica como instrumento del derecho facilita la actuación de las organizaciones colectivas consistentes en el reconocimiento de la titularidad de relaciones jurídicas semejantes a la de las personas naturales.

3.2 De la naturaleza de las personas jurídicas

Con independencia de la naturaleza de las personas jurídicas, nuestro Código Civil las configura como aquellos entes colectivos a los que se les reconoce capacidad de derecho patrimonial para la consecución de un fin social durable y permanente análoga a la de las personas individuales. La prevalencia de la personalidad jurídica conlleva que contra el abuso de la persona jurídica se propugna «rasgar o levantar el velo» de la sociedad para prescindir de su aislamiento frente a sus socios⁷.

Se dice (DÍEZ PICAZO) que las personas jurídicas pertenecen al grupo de los cuerpos intermedios entre el Estado y el individuo, o, dicho de otro modo, «agentes sociales». En este sentido, se entiende que existen determinadas realidades sociales que trascienden al poder del Estado y respecto de las cuales el reconocimiento de la personalidad jurídica aparece justificado en cierto modo, frente

⁶ VALERO AGÚNDEZ, «*La fundación como forma de empresa*» Revista general de legislación y jurisprudencia, núm. 229,3, 1970, Universidad de Valladolid, pág. 12

⁷ DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel, «Levantamiento del velo de las personas jurídicas» *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº83, Nº699, 2007, pág. 304

a otros supuestos en que la decisión es producto de la oportunidad⁸. Reconocemos pues como agrupaciones humanas las familias, las comunidades de propietarios o el condominio de varios individuos sobre un mismo bien, sin embargo estas agrupaciones carecen de personalidad jurídica, mientras que el Derecho atribuye personalidad a asociaciones que ponen en común bienes o industria con la finalidad de obtener un lucro partible entre quienes compongan la agrupación a través del contrato de sociedad, celebrado conforme a los formalismos legales previstos (sociedades civiles o mercantiles). De tal modo, que la realidad es que en la mayoría de los casos el sustrato asociativo no somete al ordenamiento jurídico a reconocer personalidad jurídica a toda agrupación humana.

De esta concepción, tal y como señala DÍEZ PICAZO, podemos afirmar que son personas jurídicas las *«realidades sociales a las que el ordenamiento jurídico reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus miembros componentes, y a las que trata como sujetos de derechos y deberes, con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes»*⁹.

3. 3 De las distintas teorías de la Personalidad Jurídica

Cuando hablamos de la naturaleza de las personas jurídicas hay que distinguir las distintas teorías.

En primer lugar, la teoría que sostiene que la persona jurídica no es más que una creación legal, pues, como mencionábamos antes, es creada por el estado. Es la teoría de la *ficción*, pero, como señaló DE CASTRO¹⁰, la corriente mayoritaria considera que con la *universitas* (nombre con que se designaba la unión de personas) nace algo distinto a la suma de sus miembros que actúa en unidad y con individualidad propia. SAVIGNY calificó como seres ficticios a las personas jurídicas, aunque no considere de pura creación del Derecho ya que hace una distinción entre las que poseen una existencia real o necesaria, como pueden ser las ciudades, y las que gozan de una existencia artificial o contingente.¹¹

⁸ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012

⁹ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012

¹⁰ DECASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 25 y ss.

¹¹ DE LA IGLESIA MONJE, Mª Isabel, «Levantamiento del velo de las personas jurídicas», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº83, Nº699. 2007, pág. 304

En segundo lugar, defendida por GLERKE¹², está la teoría *antropomórfica*, también conocida como la teoría *orgánica* de la persona jurídica. Concebida como un organismo natural del mismo modo que las personas físicas, con voluntad propia y un interés propio, distinto, por supuesto, de la voluntad e interés individual de las personas naturales que conforman la persona jurídica.

Superando las dos teorías anteriores, FERRARAS¹³ señala que la personalidad es producto del orden jurídico que despliega sus efectos por el reconocimiento del Derecho objetivo. Defiende que los humanos somos «*persona*» por obra del Derecho, si bien la cualidad natural de los hombres y las mujeres sea la base ética para que el ordenamiento jurídico reconozca la personalidad al género humano. Así, la persona jurídica sería la traducción jurídica de un fenómeno empírico donde la labor del legislador no es otra cosa que traducir a términos jurídicos lo que ya existe en la práctica social.

En contraposición a las teorías previamente mencionadas nos encontramos con una tercera teoría que niega radicalmente la persona jurídica, es *la teoría pura del derecho*, cuya característica principal es su visión de una construcción puramente científica. Según esta corriente, el orden jurídico tan solo tomaría en consideración la conducta humana, conducta que da a la agrupación personalidad jurídica estatuyendo derechos cuyo contenido es la conducta de los humanos que son los órganos o miembros de la agrupación. Así como la persona física es la mera expresión unitaria del conjunto de todas las normas que tienen por objeto la conducta de los seres humanos, la persona jurídica es también la personificación de un orden jurídico parcial que tiene como base la conducta recíproca de una colectividad de personas naturales que persiguen un fin común¹⁴.

En un último término, destacar que la persona jurídica resalta por verse como una *creación del lenguaje jurídico*. Con este término no se pretende dar una definición ni designar o describir una realidad preexistente, su función es permitir configurar proposiciones capaces de condensar por sí solas las relaciones entre colectivos de personas.

¹² DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel, «Levantamiento del velo de las personas jurídicas», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº83, Nº699. 2007, pág. 304

¹³ DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel, «Levantamiento del velo de las personas jurídicas», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº83, Nº699. 2007, pág. 304

¹⁴ DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel, «Levantamiento del velo de las personas jurídicas», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº83, Nº699. 2007, pág. 304

3.3.1 Conflicto polisémico que existe entre las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

3.3.1.1 Atribución de la personalidad jurídica en el Código Civil:

El artículo 35 del Código Civil considera exclusivamente personas jurídicas a las reconocidas por la Ley o a las que conceda una personalidad propia, en efecto es un *numerus clausus*. De ello parece desprenderse que el reconocimiento de personalidad jurídica resulta siempre de la ley.

Esto no siempre fue así, pues de la tradición jurídica era frecuente entender que las personas jurídicas surgían con la aprobación del Estado. Sin embargo, la referencia que el Código hace a la ley parece inclinar el criterio hacia una posición normativista, en virtud de la cual la personalidad jurídica se adquiere cumpliendo los requisitos que normativamente se imponen, sin necesidad alguna de obtener una concesión. Resulta indiscutible a día de hoy, en lo referido a las personas jurídicas peculiares de Derecho privado, asociaciones y fundaciones que más adelante veremos. Por lo que se refiere a las personas jurídicas de Derecho público, la atribución de personalidad ha de resultar también de una norma que no sea necesario que ésta tenga un carácter estrictamente legal¹⁵.

3.3.1.2 Los tipos de personas jurídicas

Los criterios de distinción de tipos de personas jurídicas más importantes que se hacen en la doctrina son las siguientes¹⁶:

- a. Distinguimos, en primer lugar, entre persona jurídica de base asociativa o corporativa (*universitas personarum*) y personas jurídicas en el que el sustrato material predominante está formado por un conjunto de bienes que se destinan a un fin (*universitas rerum*).
- b. También se distingue las personas jurídicas de Derecho público y las personas jurídicas de Derecho privado. Públicas son aquellas que se insertan en la organización general del Estado (Estado, Comunidades Autónomas, provincias y entes locales), ejercen funciones correspondientes al Estado (entidades estatales autónomas, empresas públicas) o cumplen con funciones que de algún modo han de entenderse concerniente al Derecho público, como es el caso de las llamadas corporaciones de Derecho público. Las personas jurídicas de Derecho privado, por el contrario, desenvuelven su

¹⁵ DíEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 514

¹⁶ DíEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 510

actividad dentro del ámbito del Derecho privado sin ejercer funciones públicas o prerrogativas especiales.

- c. Finalmente, podemos distinguir entre las personas jurídicas de interés general o público y de interés particular o privado, dispuesto así en los dos apartados que regula el artículo 35 CC.

3.3.1.3 El reconocimiento de la persona jurídica en el Código Civil español y sus clases

Si hablamos de nuestro Código Civil debemos mencionar el Capítulo II cuya rúbrica ampara las personas jurídicas, según su artículo 35 son: *«las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por ley»*, y las *«asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia e independiente de la de cada uno de los asociados»*.

En el momento de promulgación del Código Civil, nos dice DÍEZ PICAZO¹⁷, se tenía la concepción de que con las fundaciones se personificaba un conjunto de bienes adscritos por voluntad del fundador, que de ellos dispone, al cumplimiento de un modo duradero de un fin de interés público según los términos del artículo 35 CC. Sin embargo, no se tenía esa misma concepción de las corporaciones y asociaciones que no tienen una base distinta, ambas son agrupaciones de personas.

Cabe destacar que el artículo 35 trata a corporaciones y asociaciones como cosas distintas y distingue asociaciones que tienen un interés público de las asociaciones que tienen un interés particular.

En lo referente a la concepción de la corporación, esta presenta un sustrato personal del mismo modo que lo hace la asociación¹⁸; basta pensar en las corporaciones locales, vecinos que pertenecen a un mismo territorio agrupados para fines colectivos, o corporaciones profesionales, integrados para la defensa de intereses comunes por razón de la profesión. En este sentido, vemos que la figura de la corporación se acerca a la asociación mientras que correlativamente se distancia de la fundación.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 511

¹⁸ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 511

Sin embargo, considera DÍEZ PICAZO que no sería acertado trasladar todas las corporaciones al campo del Derecho público, dado que cuando poseen este carácter por regla general las normas lo adicionan y suelen ser denominadas como corporaciones de Derecho público, por tanto, no puede excluirse que algunas otras se mantengan en el terreno del Derecho privado¹⁹. No obstante, para el Código Civil el carácter que diferencia a la corporación de la asociación parece ser un mero formalismo cuando dispone que mientras que la corporación es creada o reconocida por ley (o por otras disposiciones estatales al efecto), la asociación lo es por voluntad de los miembros integrantes de la misma; así se deduce de la literalidad del artículo 37 del CC. al preceptuar que «*la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos*» expresión que hace referencia a la voluntad de los asociados sin duda alguna, reflejado en el contrato asociativo.

Podemos concluir con que, el nacimiento de la personalidad jurídica obedece, a fin de cuentas, a una lógica funcional.

3.3.2 Las personas jurídicas de interés general o público y las personas jurídicas de interés particular o privado

Como decíamos anteriormente, el artículo 35 del CC. se divide en dos clasificaciones que analizaremos en este apartado del trabajo. Por un lado, agrupa en su primer inciso las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público, y en su segundo inciso las asociaciones de interés particular. Pero no encontramos de forma explícita a lo que el legislador se refería con las expresiones «interés público» o «interés particular», de lo que deriva una larga discusión doctrinal al respecto, así como teorías conspiranoicas «a propósito de una errata del Código Civil²⁰» en la redacción de los arts. 35 y 36 CC. – F. PANTALEÓN PRIETO. Así las cosas, parte de la doctrina, como DÍEZ PICAZO²¹, entienden que, al identificar a la asociación particular con las sociedades civiles, mercantiles o industriales, parece que el Código Civil equipara las agrupaciones nacidas de un contrato de sociedad, lo cual parece indicar que el llamado «interés particular» tiene por

¹⁹ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 510

²⁰ Vid. PANTALEÓN PRIETO, F., «Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)», *Anuario de derecho civil*, Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1, 1993

²¹ L. DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 510

finalidad la obtención del lucro partible en un contrato de sociedad, tal y como remite el artículo 36 CC.²², esto es, una ganancia partible entre los asociados²³.

3.3.2.1 La finalidad de lucro como criterio societario

Sin embargo, según estudios como los de PANTALEÓN PRIETO²⁴, las intenciones del legislador de nuestro actual Código Civil no fueron reflejadas en él tal y como fue promulgado, se cavila que el interés privado no se identifica con el ánimo de lucro y podría entenderse que el interés público concurre en aquellas asociaciones que promueven de alguna forma el bien general. Hay que entender que, en la época de la promulgación del Código, en el año 1889, el lucro era característico de la definición legal de la sociedad civil o mercantil, y, al contrario, el interés público concurría en aquellas personas jurídicas que no tuvieran propuesto como finalidad propia y exclusiva esta ganancia o lucro partible. En consecuencia, cabe figurarse que el Código civil alude a intereses que promuevan de alguna manera el bien general cuando habla de «interés público».

Partiendo de esta concepción del Código Civil, podemos hacer un primer análisis de distinción entre lo que el Código comprendía por corporación, fundación y asociación. En efecto, la corporación era, fundamentalmente, una persona jurídica de Derecho público, creado o reconocido por ley, habida cuenta de su incisión en los intereses de la colectividad. Más claramente se puede afirmar que, las fundaciones, que, como patrimonios dedicados exclusivamente a fines benéficos o asistenciales, que por su naturaleza interesan a la colectividad, al igual que las corporaciones gozan de carácter de Derecho público. La cuestión resultó más oscura en el supuesto de las asociaciones, porque existían y existen un gran número de ellas que persiguen fines lícitos, pero completamente privados.

Desde la publicación del Código Civil, la legislación posterior ha abandonado la expresión «interés público» (*vid.* la Ley orgánica reguladora del derecho de asociación 1/2002, de 22 de marzo, arts. 1 y 2.1; la Ley de Fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, arts. 2 y 3). Por último, anota DÍEZ-PICAZO, que el Código civil alude a las personas jurídico-públicas cuando dice que son personas jurídicas «*las corporaciones [...] de interés público reconocidas por la ley*» (art. 35.1º. CC.), aunque en sus preceptos se mencionen «los establecimientos públicos»²⁵. Llegados

²² Art. 36 CC: *Las asociaciones a que se refiere el número 2.º del artículo anterior se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste.*

²³ Vid. Arts. 1665 CC. y 116 C. de c.

²⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «Asociación y sociedad», *op. cit.*, págs., 6 y ss.

²⁵ DÍEZ-PICAZO L. y GYLLÓN A., «Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica», 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 513

a este punto hay que remitirse a la legislación de Derecho Administrativo que por motivos de logística no podemos ahondar en este trabajo.

3.3.3 La capacidad civil de las personas jurídicas el Ordenamiento Jurídico español: Corporación, asociación y fundación.

En concreto, el artículo 38.1º. del Código civil español reconoce con gran amplitud la capacidad jurídica de la persona jurídica en el orden civil y desde una perspectiva patrimonial, así el mencionado artículo dispone que *«pueden adquirir y poseer toda clase de bienes, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución»*, (se exceptúan aquí la iglesia y los establecimientos de instrucción y beneficencia, en base al 2º apartado del referido art. 38CC). Ello indica que la capacidad general que el Código reconoce a las personas jurídicas no impide que las leyes o las reglas de su constitución restrinjan o modifiquen la misma, por ejemplo, determinando qué órgano de una sociedad puede adquirir por ella o contraer obligaciones (ejemplo de ello son los arts. 515; 745.2º.; 746, 748, 993 y 994 CC.).

A la regla general de la capacidad que el artículo 38 le precede la excepción a esta, cuando el art 37 establece que la capacidad civil de las corporaciones *«se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y las de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario»*.

La doctrina se pregunta si constituye el objeto para el que nace la persona jurídica, o el fin que persigue, un límite de su capacidad. La respuesta positiva significaría que no podrá actuar la capacidad jurídica en actos o negocios jurídicos que no estén destinados a cumplir aquel objeto o fin y que se realicen *ultra vires*, según suele decirse²⁶.

Nuestro Tribunal Supremo tiene declarado que la persona jurídica posee capacidad jurídica completamente plena, aunque se extralimite de su fin, lo cual dará exclusivamente lugar a la reacción de la autoridad administrativa, en su caso, y, cómo no, a la responsabilidad de sus órganos (STS de 5 de noviembre de 1959). Esta tesis, como defiende DÍEZ-PICAZO, evidencia el favor a terceros, que no deben tener rigurosamente la carga de comprobar – lo que resultaría imposible en muchas ocasiones – si al contratar con la persona jurídica actuase esta su capacidad dentro de su objeto²⁷, y es la tesis que prevalece en el R.D. legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, al afirmar en

²⁶ DÍEZ-PICAZO L. y GYLLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12ª edición, Tecnos, 2012, Madrid, pág. 516

²⁷ DÍEZ-PICAZO L. y GYLLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12ª edición, Tecnos, 2012, Madrid, pág. 516

su artículo 234 que *«la sociedad quedará obligada frente a terceros de buena fe [...] aún cuando se desprenda de los estatutos [...] que el acto no está comprendido en el objeto social»*.

Una de las cuestiones a debatir sobre la capacidad de las personas jurídicas es si civilmente pueden declararse responsables de actos u omisiones que generen con arreglo al art. 1902 Cc., interviniendo culpa o negligencia, la obligación de indemnizar el daño que causen. La doctrina que consagra su responsabilidad, tanto por hechos de sus empleados como de sus órganos, a través de los cuales se mueve el tráfico jurídico, es la generalmente admitida doctrinal y jurisprudencialmente²⁸ (Ss. de 16 de abril de 1963; 29 de septiembre de 1964; 3 de junio de 1968; 13 de junio de y 20 de diciembre de 1989) entre otros.

Se observa, en favor del criterio expuesto, que el art. 38 CC. establece la capacidad para contraer obligaciones de la persona jurídica, y la de responder del daño derivado bien de la ley, de los contratos o cuasi contratos, ya sea del art. 1902, es una auténtica obligación dispuesta por el art. 1.089 del mismo cuerpo legal. Ciertamente es que la persona jurídica carece de voluntad y conciencia, pero sabemos que actúa por medio de sus órganos, compuestos por personas físicas con todos sus atributos, que responde como si la voluntad de estas fuese la del ente personificado²⁹. Así se refleja en la sentencia de 29 de abril de 1988, al reconocer el desplazamiento de la autoría al representante legal sin perjuicio de asumir la propia persona jurídica la responsabilidad patrimonial.

3.3.3.1 Asociación y Sociedad

La línea divisoria entre sociedad y asociación ha sido planteada como una cuestión litigiosa en el ordenamiento jurídico. Su coexistencia ha llevado a la posibilidad de poder comprender la asociación como un género y la sociedad como un subtipo de él, o desde otra perspectiva, considerar que se trata de dos figuras independientes entre sí. En la legalidad vigente no existen más que asociaciones a las que se aplica o no la Ley 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación; la línea de distinción entre ambos conceptos radica en la existencia o inexistencia del lucro³⁰. Así, el artículo 1.2 de esta Ley regula con carácter general el derecho de asociación *«dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones*

²⁸ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 516

²⁹ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 516

³⁰ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *«Sistema de Derecho» ... Op. cit.*, pág. 522

que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico».

En síntesis, del fenómeno asociativo al que nos hemos referido, podemos definir la asociación como un conjunto establemente organizado de personas que se unen para alcanzar un fin común a todas ellas³¹.

De esta suerte, podemos afirmar que son características comunes a la figura de asociación las siguientes³²:

- a. La existencia de una base personal formada por una pluralidad de personas.
- b. La organización, que la distingue de un mero conglomerado y es el entramado normativo por el que se va a regir la actividad de los asociados en cuanto tales y que, al mismo tiempo, contiene las prescripciones correspondientes a los órganos encargados de dirigir y desarrollar la actividad y, al mismo tiempo, representar al ente jurídico creado.

El fin que con la asociación se trata de conseguir la idea de estabilidad o permanencia que la diferencia de otros grupos puramente esporádicos.

El reconocimiento de la asociación implica que el universo jurídico no se agota en el binomio Estado-ciudadanos, sino que estos pueden agruparse y organizarse libremente para perseguir sus propios objetivos al margen de los poderes públicos, constituyendo lo que en la tradición jurídica se han denominado cuerpos intermedios³³.

3.3.3.2 Constitución de las asociaciones: el acuerdo de constitución.

Para dar vida a las obligaciones y alcanzar los fines que la agrupación se propone conseguir se requiere de una estructura y de un organismo asociativo para determinar los medios necesarios que requiere la voluntad negocial en cada uno de los concurrentes.

Doctrinalmente ha habido diversas posturas en la discusión sobre el negocio jurídico constitutivo de una asociación, sobre si pertenece o no a la regulación de los contratos, o si dada la falta de pretensiones contrapuestos y, por el contrario, de la

³¹ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Op. cit.*, pág. 522

³² DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Op. cit.*, pág. 521

³³ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Op. cit.*, pág. 521

existencia de una finalidad común y de una dirección paralela en todas las voluntades concurrentes, debe hablarse más bien de un convenio. De conformidad con la Ley (art. 5 L.A.), esta se limita a denominarlos «acuerdos», aunque se reconoce que, a falta de regulación legal específica, le serán de aplicación las normas relativas a los contratos plurilaterales³⁴. Conforme a este artículo 5 L.A. *«las asociaciones se constituyen mediante acuerdos de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, de interés general o particular y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación. El acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado»*, y en los siguientes artículos determina los requisitos y contenido del acta fundacional y el de los Estatutos.

Según el artículo 5.2 L.A., con el otorgamiento de la llamada «acta fundacional» la asociación adquiere personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, aunque el precepto siga diciendo *«sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10»*, artículo que hace referencia a las asociaciones que sean reguladas en la Ley de Asociaciones *«deberán inscribirse en el correspondiente Registro, a los solos efectos de publicidad. La inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las asociaciones y es garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros»*. Texto del que se deriva claramente que la inscripción registral no es una condición necesaria para la adquisición de la personalidad jurídica, ni siquiera respecto de los propios asociados, ni tampoco respecto de terceros.

3.3.3.3 EL CONTRATO DE SOCIEDAD. ACTO DE CONSTITUCIÓN SOCIETARIA

Desde que el empresario comerciante individual despunta en el tráfico económico toman relevancia las agrupaciones de estos en forma de asociación en sentido amplio con la finalidad de la explotación conjunta y unitaria de la empresa.

De este modo, los individuos que pretendan constituirse en sociedad se obligan mediante un contrato por el cual dos o más personas ponen en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias³⁵. De ahí que el primer carácter del fenómeno societario podemos afirmar que es el origen en un negocio jurídico que el Código civil llama «contrato de sociedad», o el Código de comercio «contrato de compañía». Este contrato dará vida a una organización con capacidad de relacionarse en el tráfico con terceros, con la relevancia de habilitar al ente a

³⁴ DíEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, Tecnos 12ª edición, Madrid 2012, pág. 526

³⁵ Vid. art. 1665 Código Civil

adquirir derechos y obligaciones, a la cual el ordenamiento jurídico, en determinadas ocasiones, llega a reconocerle personalidad jurídica independiente³⁶. De los art. 1665 CC. y 116 C. de c. se pone de manifiesto el carácter institucional u organizativo del ente colectivo que nace de este contrato de sociedades que tendrá relevancia para los intereses de sujetos terceros al propio contrato.

No obstante, el propio ordenamiento jurídico reconoce en ciertas ocasiones la presencia de organizaciones o tipos societarios sin necesidad de mediar un contrato de sociedades. Es el supuesto de las Sociedades Anónimas y las Sociedades de Responsabilidad Limitada cuya constitución puede realizarse por formas distintas como bien pudiera ser un convenio o bien un negocio jurídico unilateral³⁷. Así, la Ley de Sociedades de Capital art.12 reconoce la constitución de S.A. y S.L. originariamente unipersonales, constituidas por un único socio.

Por tanto, al margen del tipo social elegido para constituir el ente colectivo como unipersonal, la sociedad tiene carácter contractual en nuestro ordenamiento. Ahora bien, debemos repararnos en los requisitos del contrato de sociedad y sus características especiales y diferenciadoras de otros contratos.

En los elementos básicos del contrato de compañía, como en cualquier otro contrato, deben concurrir el consentimiento, objeto y causa que exige como norma general el art. 1261 del CC.

- a) Consentimiento: exento de cualquier vicio³⁸, violencia, intimidación, dolo o error; prestado por quien tenga capacidad suficiente – sea persona física o jurídica – o, en caso de menores e incapaces por sus representantes legales.
- b) Objeto del contrato: debemos de distinguir aquí el objeto del contrato de sociedad del objeto de sociedad, entendido el primero como las obligaciones de las partes, las aportaciones que los socios se comprometen a realizar o aportar. Respecto al objeto de la sociedad, que trae causa distinta del objeto contractual, sería la actividad que desarrollará la sociedad mediante su organización, actividad que deberá ser lícita y posible³⁹.
- c) Causa: en el contrato de sociedad no es sino la obtención de un fin para el que se constituye el ente, que será desarrollado por una actividad económica que genere ganancias que después se repartirán entre los socios.

³⁶ Vid. art. 116 Código de Comercio

³⁷ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A., Lecciones de Derecho Mercantil, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2021, pág. 196

³⁸ Vid. art. 1265 CC

³⁹ Vid. art. 1666 CC

Lo que distingue el contrato de sociedades al resto de contratos (compraventa, permuta, arrendamiento, etc.) es su naturaleza asociativa. Se caracteriza porque las prestaciones que se obligan a realizar los socios no se deben frente al resto de socios sino frente a la sociedad, quien se constituye como acreedora del contrato⁴⁰. Estamos ante un contrato plurilateral, y no bilateral como los contratos a los que acostumbramos en el día a día. El derecho del socio es precisamente participar en las ganancias de la sociedad, derecho a ser socio, por tanto, no hablamos de reciprocidad en las obligaciones entre participantes, no estamos ante una obligación sinalagmática directa del art. 1124 CC. a través del contrato de sociedad los intereses de los integrantes se verá satisfecho con el logro del fin común para el que se ha constituido la sociedad.

De la especial naturaleza asociativa del contrato de compañía se desprenden consecuencias también especiales que caracterizan su régimen, entre las que podemos destacar las siguientes: 1ª No es de aplicación la *exceptio non adimpleti contractus*, – o la excepción del contrato no cumplido – en virtud del cual, en las prestaciones recíprocas cada parte puede negarse al cumplimiento de su obligación pactada en tanto la otra parte no cumpla. A salvo de causas excepcionales como podría ser la aportación esencial para la consecución de la actividad empresarial, el socio no podrá negarse lícitamente a cumplir con su pacto, sin perjuicio de las consecuencias que el ordenamiento prevé para los socios incumplidores. 2ª Tampoco juegan en los contratos asociativos la llamada «condición resolutoria tácita» a la que aludíamos anteriormente referenciando a la falta de sinalagmatía del art. 1124 CC. De este modo se brinda especial protección al ente constituido impidiendo que el socio cumplidor de su pacto pueda resolver el contrato de compañía, y por ende conlleve a la disolución de la sociedad, ante el incumplimiento de otro u otros socios, aun cuando el incumplimiento haya sido doloso y grave, sin perjuicio aquí también de las consecuencias que se deriven para el socio incumplidor, como pudiera ser la expulsión del grupo, que no es una resolución contractual completa sino parcial. Y de lo antedicho, en estrecha vinculación deriva la última especialidad que mencionaremos; 3ª La nulidad, anulabilidad o imposibilidad objetiva de cumplir con lo pactado que afecte a uno o varios socios no comporta la nulidad, anulabilidad o disolución de la sociedad, sino únicamente del vínculo que une al socio afectado con la sociedad⁴¹.

⁴⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A., «Lecciones de Derecho Mercantil», *op cit.*, pág. 198

⁴¹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., y DÍAZ MORENO, A., «Lecciones de Derecho Mercantil», *op cit.*, pág. 199

3.3.3.4. Responsabilidad de las asociaciones inscritas

Ley 1/2002. Las asociaciones tienen capacidad para adquirir y ser titular de toda clase de bienes y derechos, sin limitaciones a que puedan adquirir por donación o por sucesión testada.

Las asociaciones inscritas responden de sus obligaciones «con todos sus bienes presentes y futuros», así lo disponen, tanto con carácter general para todos los deudores, el artículo 1.911 CC. y, en concreto para las asociaciones el art. 15 de la L.A., aunque su reiteración es innecesaria precisamente porque el Código civil ya lo había regulado con carácter general, y si la asociación es una persona jurídica, el mencionado artículo del Código le es aplicable. El patrimonio de las asociaciones, como bien sabemos, cumple con la función de garantía a los acreedores para el cobro de sus créditos y es, además, patrimonio propio de la persona jurídica como mencionábamos antes, independiente del de cada uno de sus miembros componentes.

No obstante, analizando determinadamente el mencionado artículo 15, hace referencia en exclusiva a las «asociaciones inscritas», lo que parece referirse a aquellas asociaciones que hayan alcanzado personalidad jurídica, si bien, como hemos dicho ya, personalidad jurídica e inscripción no son sinónimos, ni tampoco esta última es requisito indispensable para obtener la consideración o carácter de la primera necesariamente. Lo que este art. 15 quiere decir, es pues, que las asociaciones no inscritas son tratadas como asociaciones de hecho. Consecuencia de este artículo 15.1 es el que se plasma en su apartado segundo, y es que, si el patrimonio de la asociación es el que responde de las obligaciones de esta, se deriva la exclusión de la responsabilidad personal de los asociados de las deudas.

El art. 15 L.A. prosigue responsabilizando a los miembros o titulares de los órganos de gobierno, y personas que hayan actuado en nombre y representación de la asociación, de los daños causados y las deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes. En cualquier caso, si la actuación en nombre y representación del ente personificado ha sido conforme a facultades debidamente otorgadas, es la asociación quien habrá quedado obligada.

Los supuestos de esta responsabilidad especial del art. 15.3 se limita a los casos de: daños causados y deudas contraídas por «actos dolosos, culposos o negligentes». La expresión «daños causados» no ha dado lugar a dudas al entenderse, claramente, que hace referencia tanto a los daños derivados por responsabilidad extracontractual frente a terceras personas, como a la responsabilidad contractual cuando los daños sean consecuencia del incumplimiento de obligaciones previamente contraídas.

Sin embargo, la referencia a deudas contraídas por «actos dolosos, culposos o negligentes», ha causado diversas interpretaciones, pues aquí la referencia no se

hace al dolo o a la culpa que se pueda haber producido en el cumplimiento de las obligaciones, sino al dolo o culpa en el propio nacimiento de las deudas. Una primera hipótesis es la existencia de deudas de la asociación que resultan de actos en los que interviene dolo o culpa del representante y, en tal caso, la regla no sería otra que la aplicación de las reglas de responsabilidad de representantes y de mandatarios. La aplicación de esta responsabilidad en obligaciones en que la asociación resulte acreedora y el dolo o la actuación culposa guarden relación con la persona con quien la asociación hubiere contratado y que tuviera por ello derecho a una indemnización de daños y perjuicios por la existencia de responsabilidad precontractual, resulta más difícil⁴².

El apartado cuarto de este artículo que venimos analizando hace responsables, civil y administrativamente, a los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación, de las consecuencias de todos los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, y por las consecuencias de los acuerdos que hubiesen votado. En el primero de los casos, la responsabilidad parece devenir de la extralimitación, mientras que, en el segundo supuesto, del mero hecho de haber votado un acuerdo que para producir responsabilidad tendrá que ser contrario a Derecho o contrario a los estatutos de la asociación⁴³.

Finalizando con la disección de este artículo de la Ley 1/2022, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, el quinto y último apartado, hace responsables solidarios, en los casos antes mencionados, a todos los miembros de los órganos de gobierno y de representación, pero no a los asociados que no formen parte de él. En todo caso, esta responsabilidad será solidaria salvo que cada uno pueda acreditar no haber sido partícipe en la aprobación y ejecución de los acuerdos o de los actos o haber formulado expresa oposición a los mismos⁴⁴.

⁴² DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 530

⁴³ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 530

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 531

3.3.3.5. Concepto de fundación

Las fundaciones – las define RESCIGNO⁴⁵ – constituyen un instrumento de acción en una sociedad pluralista. El derecho a instituir fundaciones se conecta con la finalidad de afectar los bienes a los que la Ley confiere personalidad jurídica⁴⁶.

Como dato histórico, que además nos servirá para determinar la primera diferencia con el derecho de asociarse es que en un primer momento del poder constituyente, en el proyecto de Constitución española, se incluía el derecho de fundación en el artículo 22.2, sin embargo, en la versión definitiva que ahora conocemos, tal derecho quedó relegado al artículo 34, tal y como hoy lo conocemos, quedando el derecho de fundación al margen de los Derechos Fundamentales constitucionalmente reconocidos. No obstante, sigue el art. 34 CE en su segundo apartado reconociendo que las fundaciones se regirán por lo dispuesto en los apartados segundo y cuarto del artículo 22 del mismo cuerpo legal en lo relativo a su ilicitud, suspensión y disolución⁴⁷.

Esta diversificación de los derechos de asociación y fundación demuestra como el legislador quiso otorgar un derecho subjetivo respecto del derecho de fundación, mientras que la asociación no solo se protege el derecho a asociarse sino la asociación en sí misma. Se produce sin embargo un efecto contradictorio al aplicarse a la fundación esa protección especial que proyecta la sección primera de nuestra constitución al blindar con el amparo del art. 22 la disolución y suspensión de las fundaciones en idénticas condiciones: mediante resolución judicial motivada.

Por tanto, la diferencia de garantías que ofrece la Constitución respecto a la persona jurídica concebida radica en el procedimiento preferente y sumario (art. 53.2 CE) del que goza el derecho de asociación como «libertad fundamental» con el consiguiente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en su caso, frente al recurso de inconstitucionalidad que podría presentar únicamente la fundación.

Respecto al aspecto material, podría decirse que no hay un significado distinto entre ambos derechos.

El artículo 2 de la Ley de Fundaciones, 50/2002, de 26 de diciembre, define las fundaciones como «*organizaciones constituidas – al socaire del art. 34 CE – sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*».

⁴⁵ RESCIGNO, voz *Fondazione [Diritto civile]*, en la *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milán, 1968, pág. 794

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., Revista científica del Ministerio de Justicia, núm. 4, 1983, pág. 1459

⁴⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., Revista científica del Ministerio de Justicia, núm. 4, 1983, en concreto: *Génesis y Alcance del Reconocimiento del Derecho de Fundación en el texto constitucional*, págs. 1458 y ss.

Las características principales de la fundación que se desglosan de esta definición que nos da la ley son las siguientes:

- a. Organización creada libremente, con un patrimonio propio distinto del de los fundadores, destinado por éstos a la consecución de fines de interés general. Como consecuencia de ello, en los casos de pluralidad de fundadores, cualesquiera que puedan haber sido las razones entre ellos, ninguno se constituye en miembro de la persona jurídica y no existen vínculos asociativos o, dicho de otro modo, una vez constituida la persona jurídica no existe en ella, desde el punto de vista jurídico, un sustrato personal.
- b. La fundación se constituye sin finalidad de lucro y, además, desarrolla sus actividades en el mismo sentido.
- c. La afectación del patrimonio a la realización de los fines fundacionales ha de ser «duradera», es decir, estable, aunque ello no significa, de ningún modo, que se imponga la perpetuidad, ni tampoco se prohíba el establecimiento de un plazo de duración de la vida de la fundación.
- d. Finalmente, la definición concluye con el elemento imprescindible de la idea de fundación: el que ésta realice fines de interés general, que puedan beneficiar a colectividades genéricas de personas, concepto que vuelve a reiterar el art. 3 de la misma ley.

En la Ley de Fundaciones no se concreta específicamente el concepto «fin de interés general», simplemente se limita a llevar a cabo una enumeración ejemplificativa: asistencia social, promoción de voluntariado, promoción de la acción social, defensa del medio ambiente, etc.

Esta condición ha sido considerada por la doctrina como elemento esencial de toda fundación⁴⁸. La expresión «interés general» del art. 34 CE es tan amplia como ambigua, pero parece querer distinguirse del «interés general» del que trata el art. 22 CE o 35 CC. Para LACRUZ BERDEJO es interés general «*todo aquel que no es individual o de grupo de personas determinadas y que representa un valor apetecible para la comunidad*»⁴⁹. Este autor deja al margen del interés general el aspecto altruista subsumiendo la misma el propio concepto de la figura tradicional de la fundación.

Otro contenido esencial en lo que a este trabajo respecta es la personalidad jurídica, como sujeto de derecho que es la fundación, una entidad inmaterial pero

⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., «*Revista científica...*», *op. cit.*, pág. 1461

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., «*Revista científica...*», *op. cit.*, pág. 1461

rigurosamente jurídico⁵⁰. Si bien la personalidad jurídica es un concepto que cada Estado puede crear, o establecer los criterios para su creación, la personalidad jurídica de la fundación, que es innegable, parece distinguirse de la de las asociaciones en cuanto a su forma de creación y por quienes han de reconocer tal carácter.

3.3.3.6 Constitución de las fundaciones y personalidad jurídica:

La persona jurídica del tipo fundación nace a la vida del Derecho cuando los fundadores, una o varias personas físicas o jurídicas a las que la ley reconoce capacidad a tales efectos, realizan el negocio fundacional, en la forma y siguiendo las exigencias recogidas en la ley, y se lleva a cabo la inscripción registral en el Registro público oportuno.

La inscripción es una actividad reglada en la que, conforme al art. 4 L.F., se somete al examen de legalidad de que las escrituras se ajusten a las prescripciones de la ley. Por tanto, si respecto de las asociaciones decíamos que la persona jurídica existe pese a su inscripción en el registro correspondiente, no podemos decir lo mismo respecto de las fundaciones donde su falta de inscripción podría condicionar su reconocimiento.

3.3.3.7 Actividades mercantiles o industriales de la fundación:

Respecto a la pregunta de si las fundaciones podían o no dedicarse a la realización de actividades industriales o mercantiles, en concreto, si cabe o no la denominada «fundación-empresa» fue una doctrina controvertida anterior a la ley 30/1994, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. La vigente Ley acabó con esta interrogativa dando una respuesta positiva, aunque lo haga de forma tácita, de tal modo que, el artículo 21 de la L.F. contempla la posibilidad de que la fundación sea titular de establecimientos «mercantiles o industriales». Con carácter general, el art. 24 permite a las fundaciones desarrollar actividades económicas «cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias», siempre con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia⁵¹. Además, la Ley les permite intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades⁵².

⁵⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., «*Revista científica...*», *op. cit.*, pág. 1463

⁵¹ Díez-PICAZO L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil Vol. I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 12ª edición, Tecnos, Madrid 2012, pág. 546

⁵² *Vid.* artículo 24, *Actividades Económicas de las Fundaciones*, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, Boletín Oficial del Estado

3.4 El límite de la responsabilidad societaria.

La expresión «levantamiento del velo» no significa que la aplicación de esta doctrina conlleve la nulidad de la sociedad, tampoco pretende prescindir de la personalidad jurídica como centro de imputación de las relaciones jurídicas ni hacerla desaparecer de manera definitiva. En la práctica, se trata de prescindir solo de algunos de sus caracteres, y típicamente del atributo concreto de la limitación de la responsabilidad de los socios que la ley reconoce solo a algunos tipos sociales⁵³, las denominadas sociedades de capital o de responsabilidad limitada, que en nuestro ordenamiento jurídico español serían las S.A., las S.L., y sus respectivas versiones unipersonales; y las sociedades comanditarias en relación a los socios comanditarios.

Pese a que el hecho de diferenciar la responsabilidad de los miembros de una persona jurídica por los actos cometidos por la misma tiene un origen antiguo, es más reciente la distinción entre la consideración de la personalidad jurídica y la limitación de la responsabilidad de los socios frente a las deudas sociales, aunque tal consideración de equivalencia solo se predique en algunos tipos sociales, tales como las sociedades de capital y sociedades de capital unipersonales.

Con la aparición de las sociedades de capital unipersonal se demuestra que la personalidad jurídica creada a razón de una colectividad que se organiza con un fin, que pone en común un bien, una actividad, o cualesquiera otros medios con los que alcanzar un objetivo establecido por los socios, las teorías realistas quedan desvirtuadas por completo con las sociedades unipersonales, en las que la personalidad jurídica actúa como mero límite a la propia personalidad, lo que ha conllevado numerosas críticas por una parte de la doctrina por desnaturalizar, como decíamos, la finalidad y con ella el concepto de personificación.

DE CASTRO, siguiendo a DÍEZ PICAZO, critica el éxito de las sociedades que limitan la responsabilidad de los socios entendiendo esta como un abuso al permitir a las personas físicas sustraerse de la obligación de la responsabilidad patrimonial universal que tanto las personas físicas como jurídicas tienen frente a sus deudores, principio consagrado en el art. 1911 del CC. Este abuso, entiende que da lugar al nacimiento de la doctrina del levantamiento del velo

Donde más se ha evidenciado el abuso de la personalidad jurídica, es sin duda, en la figura de la sociedad anónima para aprovechar las ventajas del privilegio de la limitación de la responsabilidad de los socios, quedando a salvo el principio de

⁵³ ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, SEGISMUNDO. *El Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*. Cap. 22 La necesaria revisión de la doctrina del levantamiento del velo, edit. Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 818

igualdad. Para la doctrina mayoritaria las sociedades anónimas son las que mayor semejanza guardan con la persona física. SAINZ DE ANDINO⁵⁴ señala que las sociedades anónimas tienen un sistema constitutivo excepcional, y no guardando conformidad con las disposiciones generales de Derecho común equivale a un privilegio. Esta cuestión se agudiza aún más en las sociedades anónimas de carácter unipersonal.

Volviendo al reconocimiento de las sociedades de capital unipersonal en la Unión Europea, ésta viene recogida por la Directiva 2009/102/CE que sustituye a la duodécima directiva comunitaria de 21 de diciembre de 1989 (89/667/CEE), obligando a los Estados miembros a prever en sus ordenamientos un instrumento jurídico que limite la responsabilidad individual de los empresarios individuales “sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros que en casos excepcionales, imponen una responsabilidad a dicho empresario respecto de las obligaciones de la empresa”⁵⁵. En España la figura del emprendedor de responsabilidad limitada en el derecho mercantil ha sido introducida mediante la Ley 14/2013, aunque muy criticada por la doctrina por sus requisitos tan exigentes y sus escasos efectos que muchos autores, como Fernando GOMÁ LANZÓN, ponen en duda la eficacia de esta ley en la práctica⁵⁶.

Pero no solo se ha puesto en duda la utilidad de sus efectos pues ello ha dado lugar a la polarización de discusiones sobre la importancia del sustrato personal en las sociedades y la preponderancia en ellas del carácter formal.

Se empieza a cuestionar el llamado «dogma del hermetismo» de la persona jurídica, esta incomunicación entre la sociedad y sus miembros, la relación entre el ente personificado y los socios que lo gestionan se manifiesta a través de los intereses particulares de la propia persona jurídica que podrán coincidir o no con la de sus miembros pero que, en cualquier caso, serán siempre ajenos a los intereses particulares de los sujetos que la componen. Este hermetismo se manifiesta en el ámbito interno del ente personificado mediante un proceso democrático donde la voluntad mayoritaria de los sujetos que participan declara la voluntad de la persona jurídica, y en consecuencia de lo anterior, se manifiesta en un ámbito externo en el que la autonomía de la sociedad excluye la personalidad los socios.

En la práctica, y mayormente con las sociedades unipersonales, se ha mostrado que dan lugar a abusos que llevan en determinados casos a la ruptura del hermetismo de estas personas jurídicas. No obstante, su validez descansa en la

⁵⁴ JESÚS RUBIO GARCÍA-MINA, *Sainz de Andino y la Codificación mercantil*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950, pág. 224

⁵⁵ Considerando 4º de la Directiva comunitaria 2009/102/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de los socios únicos

⁵⁶ Vid., *El emprendedor de Responsabilidad Limitada, un ejemplo más de «derecho inútil»*

eficacia constitutiva concedida por el Estado de su nacionalidad, por tanto, no se puede hablar de sociedades simuladas puesto que tal simulación es imposible conforme a la concepción formalista de la personalidad jurídica. Cualquier persona física puede desafectar parte de su patrimonio valiéndose de un instrumento creado por el legislador, afectándola después a fines sociales mediante la sociedad que constituye, dando el carácter de comerciante al ente personificado para limitar la responsabilidad. Como respuesta a los abusos que se puedan dar con relación a la creación de estas personas “ficticias” la jurisprudencia actúa por medio de la doctrina del levantamiento del velo penetrando en la persona jurídica para determinar si ha habido abuso o no.

4. LAS POSTURAS DE SERIK Y ASCARELLI

SERICK agrupa los posibles supuestos de abuso de la persona jurídica en tres grandes categorías las cuales son: el abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica trata de burlar una Ley, quebrantar obligaciones contractuales y perjudicar fraudulentamente a terceros. Existe *fraude de ley* cuando el resultado que la Ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que esta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a tratar de evitar que se alcance por medio de una determinada forma negocial. Se da *fraude o lesión de contrato* 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 socio. Y, concurre *daño fraudulento a terceros* cuando este resulta del empleo de la forma jurídica en aquellos supuestos no comprendidos en las anteriores categorías de fraude de ley o contrato⁵⁷.

Cabe destacar, para un mejor entendimiento que, SERICK al ser alemán cuando habla del abuso del derecho lo hace conforme a la doctrina alemana⁵⁸ y no debemos confundirlo con el sentido que el ordenamiento jurídico español da a esta institución. Así, en el Derecho alemán se distingue entre el «*abuso personal*» lo que viene a coincidir con nuestra institución de abuso del derecho que el art. 7.2. CC. contempla; y el «*abuso institucional*», es decir, abuso de una institución, en este caso la persona jurídica, el abuso del Derecho objetivo, lo que en nuestro ordenamiento jurídico

⁵⁷ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona 2000, pág. 49

⁵⁸ CARMEN BOLDÓ RODA, «*Levantamiento...*» *op. cit.*, pág. 296: «Para la doctrina alemana el ejercicio abusivo de un derecho es corolario de la contradicción de la buena fe. Dentro de la categoría genérica del abuso del derecho se distinguen tres figuras: el llamado *abuso individual*, el *abuso del derecho a nivel social* y por último el *abuso institucional...*»

llamamos fraude de ley⁵⁹, recogido en el art. 6.4 CC., por tanto, podría decirse que este autor equipara el fraude de ley al abuso de la persona jurídica. Esta afirmación se deja ver en su obra cuando señala que «*la regla de que en los supuestos de fraude de ley por medio de una persona jurídica, la personalidad de ésta puede ser descartada*⁶⁰» – en nuestra jurisprudencia, ya ha quedado constatado de que no se trata de descartar ninguna personalidad, ni negarla ni anular o disolver, sino «*para sostener la afirmación de que entre sociedad y accionistas existía una genuina contradicción o dualidad de intereses, frente a lo que la recurrente sostenía*⁶¹» – cuya consecuencia no es otra cosa que la antijuridicidad inadmisibles en nuestro ordenamiento de no proteger bajo ninguna circunstancia el abuso de una institución jurídica⁶².

Por tanto, SERICK se planteaba si el juez debe consentir que la persona jurídica sea utilizada como mero instrumento para fines ilícitos, o, por el contrario, debe prescindirse de la posición formal de la personificación – levantar el velo societario – para equiparar socio con sociedad para evitar la maniobra fraudulenta. El criterio decisivo para prescindir de la forma de la persona jurídica hay que verlo en su utilización abusiva para dejar burlado un precepto legal⁶³.

Sin embargo, no tardaron en llegar críticas a este planteamiento de SERICK basándose en la obtención de los mismos resultados desestimatorios de la personalidad jurídica a través de consolidada jurisprudencia con la invocación del principio general de la buena fe, la naturaleza jurídica de las cosas, los requisitos y exigencias, etc. Frente a la fórmula del «abuso» de la personalidad jurídica de SERICK, BEITZKE se preguntaba si esta fórmula estaba bien determinada o si, por el contrario, adolecía de análoga vaguedad e incertidumbre, con lo cual se corre el riesgo de exorcizar al Diablo con Belcebú⁶⁴.

Con ello se puso de manifiesto la debilidad intrínseca de esta doctrina del levantamiento del velo y la extremada dificultad que entraña la formulación unitaria de un criterio rector firme que resuelva de forma homogénea todos los supuestos

⁵⁹ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Aranzadi 3ª edición, Pamplona 2000, pág. 457

⁶⁰ SERICK, R., «*Apariencia y Realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la personalidad jurídica*», Ariel, Barcelona 1958, trd. Esp. PUIG BRUTAU, prólogo de POLO, pág.50

⁶¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «*La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*», 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 85

⁶² CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Aranzadi 3ª edición, Pamplona 2000, pág. 295

⁶³ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Aranzadi 3ª edición, Pamplona 2000, págs. 295 y ss.

⁶⁴ BEITZKE, «*Sulla confisca dei diritti dei soci*», Revista de Derecho Civil, I., 1956, págs. 275 y ss.

que se puedan dar en el marco de las relaciones de las personas jurídicas, en concreto con el fin de prescindir de la propia personalidad de manera que se pueda conocer la realidad que tras ella subyace. Esta dificultad o incertidumbre vulnera el principio de seguridad jurídica por parte de los tribunales a la hora de aplicar esta doctrina, por ello que se reitere la excepcionalidad de su uso.

Esta indeterminación y las consecuencias derivadas de ella han sido uno de los aspectos más criticados de esta doctrina, siendo la corriente más enfrentada la encabezada por ASCARELLI.

Para ASCARELLI la existencia y posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo refuerza la concepción de que la persona jurídica es un sujeto autónomo, independiente y distinto de las personas naturales que la componen y de ahí la necesidad de brindar carácter excepcional a los supuestos en los que se deba prescindir de la personalidad jurídica por una supuesta vulneración del principio de seguridad jurídica, recurriendo para ello a las nociones de fraude de Ley, abuso de Derecho y buena fe. Indica ASCARELLI que este planteamiento, que obedece a una concepción antropomórfica de la persona jurídica, no puede explicar claramente por qué en algunos casos se mantiene y en otros se supera el esquema de la personalidad jurídica. Además, no tiene sentido el sostener que la desestimación de la personalidad jurídica constituye una excepción. Si se poseen conceptos claros sobre el valor instrumental de la personalidad jurídica y sobre la función que el instituto está llamado a cumplir, carece de sentido el sostener el pretendido carácter excepcional de los casos en que debe hacerse caso omiso de él. Siempre que el problema planteado sea ajeno a los fines que el ordenamiento jurídico se ha propuesto otorgar a la personalidad jurídica a un determinado grupo humano (o a un supuesto fáctico distinto), la solución habrá de buscarse prescindiendo de la normativa peculiar de la personalidad jurídica⁶⁵. Al respecto, señala DE LA CÁMARA, que no se trata pues de perderle o no el respeto a la persona jurídica, sino de acotar con la mayor exactitud posible los límites dentro de los que aquélla debe moverse. Fijándose éstos, se excluye, por hipótesis, el choque dramático entre seguridad y justicia⁶⁶. Como consecuencia, surge desde esta posición de la doctrina la necesidad de reformular el concepto de «*Persona Jurídica*».

En esta misma corriente doctrinal, GALGANO, siguiendo a ASCARELLI, parte de la concepción tradicional de la persona jurídica como sujeto autónomo de Derecho. Este autor justifica la intervención del Juez en el desconocimiento de la persona jurídica cuando esta última abusa de la forma legal de la personificación alterando

⁶⁵ CARMEN BOLDÓ RODA, «*Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*», Aranzadi 3ª edición, Pamplona 2000, pág. 50

⁶⁶ DE LA CÁMARA (en colaboración con DE LA PRADA): «*Sociedades comerciales*», Revista de Derecho Notarial, núms. 81-82, julio-dic. 1973, pág. 34

las relaciones entre socios y sociedad. Basándose en la idea en que la persona jurídica es distinta de los socios que la componen, en ocasiones se finge que los derechos y obligaciones no son de la persona jurídica sino de las personas naturales que la componen, como consecuencia de las exigencias de equidad y justicia. Partiendo de esta visión realista se elaboró una idea de *fictio iuris*, una ficción en sentido contrario, del mismo modo al modelo anterior destinado a neutralizar los efectos de la primera. Si SAVIGNY 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 accionistas⁶⁷.

Llegados a este punto los autores de esta doctrina se encontraron en una crisis con el planteamiento del concepto de persona jurídica. El problema ya no era definir la personalidad jurídica, sino determinar cuáles eran las condiciones ideales para su uso sin que se dieran supuestos de abuso a través de la formación y uso de un ente personificado que soslayase la ley. Estas condiciones de uso vienen establecidas por el legislador en las respectivas normativas nacionales, en un marco de cierta disciplina jurídica, dentro de un determinado tratamiento normativo de los hechos y comportamientos. De tal forma que cuando se cumpla las condiciones de uso de la persona jurídica, el Derecho se encargará de regular las relaciones de las personas agrupadas bajo el ente personificado. De esta manera se deja de percibir la persona jurídica como un «velo» interpuesto por el Derecho que separa a los componentes del grupo societario y los terceros con quienes se relaciona la entidad jurídica y que tan solo la equidad puede levantar o rasgar ese velo por el intérprete a quien corresponda conocer y juzgar del caso concreto conforme a Derecho. Deja de aparecer como una realidad del mundo jurídico, como entidad que ocupa por ello la misma posición que el los individuos, para mostrarse como un instrumento del lenguaje jurídico, útil para resumir, y de esta forma insustituible en su función semántica, una compleja disciplina normativa de relaciones entre personas físicas⁶⁸.

A consecuencia de los abusos cometidos surge una tendencia en contraposición a la acepción en el orden jurídico de las personas jurídicas que goza de gran reconocimiento desde su aparición en el s. XIX y durante el transcurso de todo el s. XX, esta tendencia negativa fue defendida mayormente por juristas tales como VAREILLES-SOMMIERES, PANIOL, CHAVEAU, HÉMARD y BERTHELEMY. Para estos autores el concepto de persona jurídica no era más que una concepción superflua destinada a encubrir una antigua forma de propiedad, en concreto la propiedad colectiva, en la que, en contraposición a la propiedad indivisa en esta nueva forma

⁶⁷ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Aranzadi 3ª edición, Pamplona 2000, pág. 51

⁶⁸ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 52-53

no había partes individuales, sino una afectación del total de la cosa a una utilidad general. De este modo se afirma que es imprescindible el hecho de sustituir el mito de la persona jurídica por una noción positiva, y ésta no puede ser otra que la propiedad colectiva⁶⁹. VAREILLES-SOMMIERES decía que la persona jurídica sólo existe en la imaginación del ser humano, del mismo modo en que los derechos y obligaciones conferidos a estos entes personificados eran también atribuidos de forma imaginaria, de tal forma en que, en realidad, dichos derechos y obligaciones pertenecían a las «personas verdaderas», ya que, según este autor, solo las personas físicas podían ser sujetos a quienes atribuir derechos y obligaciones⁷⁰. Esta *teoría de la persona moral* fue muy criticada por desvirtuar completamente la finalidad de las asociaciones, atendiendo solamente a los bienes de estas, que sólo son el medio para cumplir los fines de los que prescinden quienes arguyen esta teoría de la persona moral. Años después, RENÉ DAVID⁷¹ afirmaba que era una posición doctrinal frecuente y admitido unánimemente en su época, el de que las personas morales no fuesen consideradas como verdaderas personas o, en otro caso, que se trata de un tipo de personas esencialmente diferentes de los individuos personas físicas. Añadía que la expresión «*persona moral*» era una fórmula mal empeñada e incluso desgraciada. Finalmente, concluye afirmando que los socios que componen una sociedad no son terceros respecto de esta última y tampoco distingue los bienes sociales con los bienes de los socios.

Pese al auge de esta teoría negativa de la persona moral la realidad es que la doctrina mayoritaria no aconsejaba esta práctica, defendiendo así la teoría tradicional en la que no se prescinde del concepto persona jurídica. Los motivos que se aducen para ello son, en primer lugar, el hecho de que el término persona jurídica sea una técnica lingüística, un *nomen iuris* legislativo de los ordenamientos jurídico-positivistas cuya supresión sería muy difícil.

En segundo lugar, porque a efectos prácticos de la teoría general tampoco conviene prescindir de la noción de persona jurídica, pues tal y como señala CAPILLA citando a GALGANO, la terminología es útil en cuanto que simplifica el razonamiento jurídico frente a lo cual se elevan los abusos de la personalidad, evitable siempre y cuando no se considere esencial lo que es meramente instrumental: un expediente técnico

⁶⁹ B.O.E. Anuario de Derecho Civil (1949) Fascículo 3, págs. 1184-1188. PLANIOL, Marcel: "*Traité élémentaire de Droit civil*", revisado y completado por Georges Ripert, con el concurso de Jean Boulanger; t. I, cuarta ed., 1948; t. II, tercera ed., 1949, y t. III, tercera ed., 1948, respectivamente; 1298, 1328 y 1308 páginas; París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Oliva de Castro, Andrés de la

⁷⁰ VAREILLES-SOMMIERES, *Lès personnes morales*, París, 1902, págs. 147 y ss

⁷¹ DAVID, DROBNIG, FOCSANEANU, FOYER, GROSSEN, KISS, LUCHAIRE, SWEENEY, SZER, VIGNES y WORLEY, *La personnalité morale et ses limites*, Etudes de Droit Comparé et Droit International Public, Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris 1960

que cohesiona ciertas situaciones con el mantenimiento de un único esquema de derecho subjetivo y de relación jurídica⁷².

Es una convicción extendida que la utilización del término persona jurídica sea con un carácter instrumental, como medio para mantener la coherencia de la construcción de los derechos subjetivos. Cuando se predica la condición de acreedora, deudora, propietaria, etc., de una persona jurídica, no se postula en realidad que el titular de la posición jurídica en cuestión sea con carácter excluyente la persona jurídica de que se trate, sino que sólo del conjunto de los miembros del colectivo se puede predicar la titularidad de la relación jurídica de modo idéntico a como la ostentaría una persona individual. La subjetividad de la persona jurídica se presenta como una función jurídicamente instrumental respecto a situaciones de individuos. Pero que se haga referencia a la persona jurídica en su función instrumental no quita que ésta presente las características jurídicas de la situación subjetiva referidas a un centro de imputación⁷³.

En fin, las posturas doctrinales más proclives a relativizar la percepción del concepto de persona jurídica fueron las representada por ASCARELLI y su concepción normativista, por un lado, y por el otro, la llamada doctrina filosófica analítica que consideraba la personificación como un mero símbolo lingüístico, representada esta última por SCARPELLI, HART y D'ALESSANDRO.

Las ideas de ASCARELLI continúan aquellas que incardinó Kelsen dentro del positivismo jurídico. Kelsen destacaba la distinción entre «hombre» y «persona», que para este autor aguardan significados muy distintos. De este modo, definía al ser humano como una entidad psicológica y biológica, mientras que la persona la percibe como una entidad jurídica⁷⁴. La persona, distinguiéndose del hombre, es el conjunto de normas jurídicas, esto es, obligaciones y derechos, que constituye una unidad. Con esta premisa, para Kelsen no hay una distinción sustancial entre ambos conceptos, dado que, tanto la persona individual como la persona colectiva, consisten en conjunto de normas. Donde reside la diferencia para este autor y sus seguidores, es en los destinatarios de dicho conjunto normativo, esto es, que mientras que en el caso del hombre las normas jurídicas se refieren a una persona individual, en el supuesto de la persona jurídica se refiere a un conjunto o grupo de individuos que conforman el ente personificado⁷⁵.

⁷² CAPILLA RONCERO F., citando a GALGANO, *La persona jurídica: funciones o disfunciones*, Tecnos, Madrid 1984, págs. 74-75

⁷³ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 54-55

⁷⁴ NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, 3ª edición, Ariel Editorial, Barcelona 1987, págs. 228-229

⁷⁵ Vid. NINO, C.S., *op. cit.*, págs. 228-229

De lo dicho se infiere que los únicos que pueden ser titulares de derechos y obligaciones son los humanos, no hay otras entidades, ni reales ni ficticias, que puedan ser sujetos de relaciones jurídicas. Ello, no obstante, en ocasiones, por conveniencia técnica, la ciencia jurídica personifica a los conjuntos normativos, imputándoles actos de ejercicio de derechos y cumplimiento o incumplimiento de deberes realizados por ciertas personas naturales. Esto constituye una técnica que permite ofrecer una explicación resumida de ciertos fenómenos jurídicos, ya que, de no usarla, habría que describir minuciosamente las normas que constituyen a la sociedad en cuestión, y los actos de un conjunto muy amplio de individuos. Sin embargo, Kelsen indica la posibilidad de prescindir de esa técnica y de tratar a las personas como conjuntos normativos, haciendo referencia solamente a la conducta de ciertos seres humanos; lo que dicho de otro modo supone la posibilidad de prescindir del concepto de persona jurídica. Ellos, no obstante, dicho autor propugna su mantenimiento en cuanto expresión lingüística abreviada que facilite el lenguaje jurídico⁷⁶.

ASCARELLI es uno de los máximos representantes de la doctrina normativista de las personas jurídicas⁷⁷, centrado en las consecuencias derivadas de la adopción de una concreta doctrina repercute sobre las posibles adopciones frente a problemas del Derecho positivo, del alcance práctico y social, de las relaciones entre la abstracción dogmática y las exigencias ineludibles de la evolución histórica de la institución⁷⁸.

Si para los seguidores de la doctrina negativa de la persona moral el término persona jurídica era un *nomen iuris*, en el positivismo, ASCARELLI, lo definirá como una *regula iuris*. Para este autor la expresión «*persona jurídica*» supone un mero término que clasifica una realidad preexistente de contenido normativo, que indica una disciplina jurídica concreta. El mencionado contenido normativo al que hace referencia esta terminología de persona jurídica cumple con la función de constituir en él un instrumento de intereses individualizados que bajo ningún concepto pretende ser tutela de intereses que no se resuelvan en intereses de los individuos, es por ello por lo que concibe la persona jurídica como un instrumento. No obstante, el mismo autor afirma la gran utilidad dentro del lenguaje jurídico, pues de esta forma simplifica y sintetiza la referencia a esta disciplina tan compleja. Y de esta idea, ASCARELLI extrae tres consecuencias fundamentales de todo lo anterior⁷⁹:

⁷⁶ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona, 2000, pg. 55

⁷⁷ Destaca D'ALESSANDRO, F., «Persone giuridiche e análisis del linguaggio», *Studi in memoria di Tulio Ascarelli*, vol. I, Milano 1969, pg. 252

⁷⁸ Vid. D'ALESSANDRO, F., *Persone giuridiche e análisis del linguaggio*, *op. cit.*, págs. 243-244

⁷⁹ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, *op. cit.*, págs. 56-57

Destaca en primer lugar el hecho en el que una entidad jurídica ha de enfrentarse a la dificultad de establecer una correspondencia directa en un elemento previo a la normativa, que no puede resolverse únicamente mediante relaciones e intereses individuales, surge una complejidad considerable que ha de ser resuelta. En tales casos, vincular el recurso de la normativa específica de la entidad jurídica con intereses que trascienden el ámbito individual se convierte en un desafío evidente. La incapacidad para encontrar una interrelación en un contexto prenормativo, que no se resuelve a través de consideraciones limitadas a los intereses de las partes individuales involucradas, plantea interrogantes sobre cómo armonizar y aplicar la normativa a un nivel más amplio. En estos escenarios, la persona jurídica se enfrenta a la necesidad de explorar enfoques creativos que permitan abordar cuestiones que van más allá de los confines individuales y se adentran en esferas de intereses colectivos o generales.

La segunda consecuencia que extrae viene con relación a la denominación «*persona jurídica*», al representar una síntesis condensada de una disciplina en particular, adquiriendo una justificación siempre que se invoque la implementación de la regulación que encapsula. Esta expresión abreviada, al referirse a un ente legal con personalidad y derechos distintos de sus miembros, se convierte en un recurso pertinente en los momentos en que se busca aplicar la normativa que recoge su esencia. El uso de este término es mucho más que una simple abreviatura, se podría hablar más bien de un acto de concreción conceptual que engloba los principios, obligaciones y prerrogativas que rigen a una entidad personificada. En cada instancia donde la normativa específica de la persona jurídica es evocada, se pone de manifiesto la riqueza y profundidad de que se encuentra detrás de este término, el cual actúa como un faro que guía la interpretación y aplicación de las regulaciones que sustentan su existencia y funcionamiento.

Finalmente, la tercera consecuencia que analiza son las enérgicas críticas a aquellas posturas que, arraigadas en la jurisprudencia basada en conceptos, procuran deducir una variedad de consecuencias de la existencia o inexistencia de la persona jurídica que difieren de las que se desprenden de la disciplina encapsulada en el término persona jurídica. Esta aproximación, que utiliza conceptos legales (entre los cuales figura el de persona jurídica) cuyas características lógicas determinan la normativa pertinente al caso, es cuestionada por su divergencia con el marco normativo que enmarca la entidad. La esencia de la institución en cuestión no es más que una síntesis condensada de su disciplina, exenta de implicaciones lógicamente necesarias que se desvíen de dicha doctrina. «La percepción opuesta surge de la inclusión encubierta en la determinación de la

naturaleza de la institución de elementos poco claros, que en realidad no son sino la traducción de soluciones predilectas y anheladas»⁸⁰.

En cuanto al alcance de la normativa subsumida en el término persona jurídica, se resalta la coordinación de esta normativa con el ejercicio de una actividad. Dicha normativa destina a una actividad, de determinados bienes y servicios a la par que, delimita la legitimación, tanto para su uso y disposición, como para la imputación de la ejecución forzosa de los bienes por las consecuencias que se deriven del cumplimiento de sus actos, así como la legitimación activa y pasiva que pudiera darse en los litigios que pudieran causarse en relación con dicha actividad. Esta normativa sanciona la posibilidad de directa satisfacción con estos bienes de otros acreedores⁸¹.

El hecho de constituir la persona jurídica constituye en sí mismo el instrumento para proliferar los posibles centros de imputación con relación a la diversidad de bienes correlativamente a una discriminación de dos categorías de acreedores; los que surgen de la actividad en común y los surgidos de la actividad individual⁸².

En fin, podemos señalar que la postura de ASCARELLI en cuanto a la persona jurídica es, como señalaba, una expresión con las máximas de *regula iuris*, que no comporta más que una función clasificatoria de la realidad de contenido y finalidad meramente normativa que indica una disciplina jurídica. Consecuentemente, la existencia o inexistencia de una persona jurídica es una afirmación que solo se puede hacer de manera particularizada en cada caso que va a sintetizar las conclusiones de la disciplina aplicada al caso concreto⁸³.

D'ALESSANDRO denuncia abiertamente la inversión metodológica de la doctrina formalista, que plantea primero el problema de si un grupo dado tiene o no naturaleza de persona jurídica y de la solución que se dé a tal problema resulta la consecuencia de qué disciplina hay que aplicar a tal grupo. Se trata del razonamiento típico de la *Begriffjurisprudenz* o jurisprudencia de conceptos. El vicio consiste en una especie de metamorfosis de la *regula iuris* que nace como fórmula científica destinada a describir brevemente la disciplina positiva. En esta fase, la *regula* es un *posterius* respecto a la normativa, y su aceptación se decide en base al criterio de la fidelidad con el cual representa su función de representar ese dato. Según la doctrina formalista, la fórmula se transforma en dato y la normativa a su

⁸⁰ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, op. cit., págs. 57-58

⁸¹ Vid. ASCARELLI, T., op. cit., págs. 242-264

⁸² Vid. ASCARELLI, T., op. cit., págs. 242-264

⁸³ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 58-59

vez proclamada como un *posterius* de aquélla, por el desarrollo de la presunta virtualidad lógica de la regla⁸⁴.

Sin perjuicio de los autores de la doctrina filosófico-analítica, la principal objeción que se plantea ante la concepción normativista es la unificación de un complejo de normas que forman la teoría de la persona natural que encuentran su razón en una comunidad de contenido, referidas al comportamiento de un ser humano. D'ALESSANDRO⁸⁵ defiende que la unidad del individuo no ha sido creada por las normas, sino que pertenece al *Seinswelt* que en alemán se compone de las palabras «Sein» que significa «ser» o «existencia» y «welt» que significa mundo; de ahí se deriva la concepción de la unidad del individuo a partir de la existencia del ser humano en el mundo como realidad preexistente y no como ficción jurídica⁸⁶.

En contraposición, el «Sollenswelt», término también alemán, que puede traducirse como «mundo de los deberes» o «mundo de los valores», es un concepto que se utiliza para referirse al ámbito normativista y de obligaciones. El «Sollenswelt» se opone a la «Seinswelt» pues este último se refiere al mundo tal como es, con independencia a consideraciones éticas o morales. En fin, mientras que la el «Sollenswelt» se enfoca la descripción de la realidad, la «Sollenswelt» se enfoca en la prescripción de cómo deberían ser las cosas, en términos de valores y deberes obligacionales.

De este modo, el individuo es quien constituye la unidad del ordenamiento y no el ordenamiento quien constituye el individuo. Respecto a las personas físicas ha sido la doctrina mayoritaria y no han surgido grandes controversias al respecto, cosa que no sucede al hablar de personas jurídicas cuando nos preguntamos *¿dónde está el destinatario común que constituye la unidad del ordenamiento persona jurídica?* En el primer supuesto hay un criterio simple, de seguridad jurídica consolidada, para determinar las normas que constituyen el sujeto de derecho, dejándolo fuera de la concepción normativista y enmarcándolo por tanto en la concepción realista sobre la noción clara de individuo humano. Sin embargo, en el supuesto de la persona jurídica la identificación de un único criterio, similar al de las personas naturales, que permita la exacta delimitación del ordenamiento persona jurídica se dificulta en exceso como hemos podido ver a través de las diversas doctrinas que han surgido en torno a la personificación de los entes y la falta de acuerdo entre los autores que defienden las múltiples doctrinas al respecto⁸⁷.

⁸⁴ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, *op. cit.*, pg. 58

⁸⁵ Vid. D'ALESSANDRO, F., *op. cit.*, pg. 260

⁸⁶ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, *op. cit.*, pg. 59

⁸⁷ Vid. D'ALESSANDRO, F., *op. cit.*, pg 260

Desde la doctrina española se ha criticado a ASCARELLI aduciendo que el reducir el concepto de persona jurídica a un mero conjunto de normas, supone desplazar a un segundo plano el supuesto de hecho que constituye la condición indispensable para que aquéllas entren en juego, olvidando que la especialidad de la disciplina normativa de la persona jurídica tiene precisamente su *ratio* en la naturaleza del supuesto a que se aplica⁸⁸. Así lo manifiesta DE LA CÁMARA «por ignorar conscientemente esta verdad, ASCARELLI puede permitirse el lujo de manipular a su gusto el verdadero “dato normativo”, es decir, el presupuesto fáctico del que dependen los efectos ligados a la normativa de la persona jurídica para decidir, según sus personales criterios, cuándo debe y cuándo no debe aplicarse la disciplina concerniente a la misma, utilizando a tal fin, el cómodo expediente del negocio indirecto, que constituye uno de sus favoritos instrumentos de trabajo, y su laxísimo concepto de fraude a la ley que, desde su punto de vista, sólo se consuma cuando se intenta conseguir, por vía indirecta, un fin determinado que el Derecho excluye, en todo caso, independientemente de cuál sea el instrumento empleado»⁸⁹. El hecho de que el Derecho regule como último recurso, ya sea de forma mediata o inmediata, las relaciones entre individuos, no obsta que no se pueda distinguir, cuando estas relaciones se llevan a cabo mediante el uso de la constitución de un grupo destinado a fines determinados a través de una actividad colectiva organizada, entre el ente como colectividad y los individuos miembros que componen el ente personificado, en la primera deba reducirse la condición a una simple suma de individuos integrantes del grupo. Continúa DE LA CÁMARA «el grupo aparece como una realidad social dotada de cierta sustantividad que no es debile desconocer. Corresponde al Derecho positivo ponderar en qué casos esa sustantividad debe tener trascendencia jurídica, con el fin de establecer una cierta separación entre el individuo y el grupo en que se integra»⁹⁰.

Lo que deja ver la concepción normativista, fuera de consideraciones dogmáticas, es sin duda la cuestión ideológica subyacente; la concepción del sujeto de derecho enlazado con la idea de derecho subjetivo, no es más que la creencia intrínseca de la filosofía individual-iusnaturalista, que da una perspectiva natural a la libertad del individuo y a la idea de propiedad privada, frente a la autoridad y al ordenamiento positivo.

⁸⁸ CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona 2000, pág. 59

⁸⁹ DE LA CÁMARA (en colaboración con DE LA PRADA): «*Sociedades comerciales*», *Revista de Derecho Notarial*, núms. 81-82, julio-dic. 1973, pág. 260

⁹⁰ DE LA CÁMARA, «*Sociedades comerciales*», *op. cit.*, pág. 260

5. LA PERSONA JURÍDICA COMO SIMBOLO LINGÜÍSTICO. CONCEPCIÓN DE LA DOCTRINA FILOSÓFICO-ANALÍTICA:

La corriente analítica dedicada a la personalidad jurídica busca la convergencia entre los juristas dedicados al positivismo y los que siguen la dogmática pura de esta figura tan controvertida. Autores como PINTORE, HART, ASCARELLI o D'ALESSANDRO, trataron de deconstruir el concepto personalidad jurídica para después reconstruir la misma con intención de otorgar mayor seguridad, fundándose en el campo filosófico jurídico.

La mayor disputa entre los defensores del método analítico lingüístico como la de la doctrina tradicional ha sido concordar en la naturaleza jurídica que presenta la figura de la persona jurídica para determinar las consecuencias de derecho, así como el método jurídico de tratamiento que le corresponde.

Las reproches comunes en este campo han sido la crítica al carácter de definición de persona jurídica que se ha dado usualmente, el método jurídico del tratamiento del concepto y finalmente la relación entre persona jurídica y el concepto de persona física en el discurso dogmático del derecho⁹¹.

Antes de ver la construcción que la doctrina analista hace de la institución de la persona jurídica, analizaremos brevemente los argumentos más destacables de las críticas que acabamos de mencionar.

A) Crítica del planteamiento de las construcciones doctrinales en materia de persona jurídica:

a. Crítica filosófica a la definición de persona jurídica.

En primer lugar, la doctrina analítica se plantea la definición de persona jurídica desde la forma lingüística: buscan otorgar una *definición real* a la persona jurídica individualizando el significado de la expresión. Para los juristas de esta doctrina analista, la única definición aceptable sería la *definición nominal* – frente a la definición real de las doctrinas ficcionistas o formalistas –, con la que, a través de un punto de vista filosófico que se orienta a soluciones metafísicas describen o se proponen los criterios de uso del término persona jurídica, sin fijarse en su significado⁹².

En concreto, HART argumentaba la necesidad de una definición nominalista frente a un engaño lingüístico que podía causar o que de hecho causa la definición real al

⁹¹ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento del velo...», *op. cit.*, pág. 61

⁹² Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento del velo...», *op. cit.*, pág. 62

usar la palabra «persona» (refiriéndonos a persona natural), una realidad fáctica, para un término del lenguaje jurídico⁹³.

Sin embargo, la ciencia jurídica moderna ha desacreditado frecuentemente este tipo de definición al gravarse ésta por pesadas hipótesis metafísicas, quedando en abierto cuál sería el tipo de definición más idóneo para la persona jurídica⁹⁴.

b. La persona jurídica y la metodología jurídica.

Respecto a la metodología jurídica que se emplea en el estudio de la persona jurídica, como la segunda crítica que apuntalábamos anteriormente, la doctrina considera indispensable abordar como cuestión preliminar la naturaleza jurídica de la misma. La naturaleza de la persona jurídica vendrá dada por la teoría⁹⁵ de la personalidad jurídica que se defienda, con lo que resulta excesivamente complejo alcanzar una divergencia entre los defensores de las distintas teorías dada la contraposición entre ellas.

No obstante, la doctrina analista no censura el uso del término persona jurídica en la terminología jurídica tradicional, al contrario, autores como GALGANO, HART, SCARPELLI o D'ALESSANDRO valoran este concepto como una «*indudable ventaja*» en cuanto a su capacidad de simplificación del razonamiento de los juristas, bajo la «*premisa según el cual el ente colectivo es, en cuanto persona jurídica, sujeto de derecho distinto de las personas de sus miembros, los cuales son terceros respecto a él*»⁹⁶. Lo que no obsta para que igualmente defiendan una depuración de la descripción sistemática del Derecho positivo para introducir en el concepto un elemento metafísico, como defendía HART, o redefinir el propio concepto persona jurídica como indicaba SCARPELLI⁹⁷. Por su parte, D'ALESSANDRO apela a la «*explication of the explicandum*»⁹⁸, esto es, que el método de explicación consista en reemplazar la vaga y difusa noción de persona jurídica por una noción más precisa formulada en el contexto sistemático del lenguaje normativo que permita

⁹³ HART, H.L.A., «*Definition and Theory in Jurisprudence*», Oxford 1953

⁹⁴ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, «*Levantamiento del velo...*», *op. cit.*, nota 65, *pág.* 62

⁹⁵ Respecto a las distintas teorías de la personalidad jurídica nos remitimos al apartado 3.3 de este trabajo.

⁹⁶ GALGANO, F., «*Il costo della persona giuridica*», *Riv delle Soc.*, 1968, t. 13, págs. 13 y ss. También HART «*Definition...*», *po. cit.*, págs. 54 y 72; SCARPELLI, U., «*La filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia, Diritto e analisi del linguaggio*», Comunità, Milano 1976, págs. 124 y ss. y; D'ALESSANDRO, F., «*Persone giuridiche e analisi del linguaggio*», Studi in memoria di Tulio Ascarelli, vol I, Milano 19669, págs. 342 y ss.

⁹⁷ CARMEN BOLDÓ RODA, «*Levantamiento del velo...*», *op. cit.*, *pág.* 64

⁹⁸ PINTORE, A., «*Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico*» Quaderni Fiorentini 11/12, 1982/1983, t. II, Milano, págs. 721 y ss.

una ulterior distinción entre el lenguaje lingüístico de la doctrina desarrollada sobre el Derecho y el discurso sobre el *status* prenормativo de la persona jurídica⁹⁹.

c. Persona jurídica y persona física.

SCARPELLI sostiene que la diferencia entre la persona física y persona jurídica reside en la naturaleza de la conexión usada. Por conexión debemos entender la referencia a un conjunto de hechos o a un conjunto de normas. Así pues, SCARPELLI siguiendo la solución de Kelsen, encuadra la conexión de la persona jurídica a la reducción o subjetivación de varios hechos a una pluralidad de normas, a un mismo ordenamiento¹⁰⁰.

Por otro lado, el concepto de persona jurídica ha sido descrito por HART como concepto de «especie» en relación con el «género» persona y distinto de la «especie» persona física¹⁰¹. Sin embargo, el tratamiento de la persona jurídica como concepto de especie causa dudas interpretativas al deducirse lógicamente que la disciplina aplicable al género deba poder ser igualmente aplicable a las especies subsumidas en él. Si bien es cierto que tanto la persona jurídica como física pertenecen al mismo género, también es cierto que ningún Derecho positivo otorga al «género» (persona) una disciplina autónoma y propia, considerando la disciplina de la persona física la que se deba extender a la persona jurídica.

No obstante, recordamos que la naturaleza jurídica del concepto de persona física se identifica con el concepto naturalista de “*hombre*”, considerado por la doctrina formalista como creación del Derecho, como un reflejo jurídico sobre los humanos¹⁰².

A pesar de ello, en este punto las críticas de los teóricos analíticos no se dirigen en contra de las teorías ficcionista u orgánicas, sino frente al postulado normativista de Kelsen, para quien los conceptos tanto persona física como jurídica no eran más que construcciones de la ciencia jurídica, la personificación del complejo de derechos y obligaciones. Este autor impregna de ideología iusnaturalista que rompe con su discurso normativista al introducir una definición de la persona física como «*el complejo de normas que disciplinan el comportamiento de un mismo hombre*»¹⁰³, considerando que el Derecho regula exclusivamente los

⁹⁹ CARMEN BOLDÓ RODA, «*Levantamiento del velo...*», *op. cit.*, nota 65, pág. 64

¹⁰⁰ SCARPELLI, U., «*La filosofía...*», *op. cit.*, pág. 119

¹⁰¹ HART, H.L.A., «*Definition...*», *op. cit.*, págs. 42 y ss.

¹⁰² CARMEN BOLDÓ RODA, «*Levantamiento del velo...*», *op. cit.*, pág. 64

¹⁰³ CARMEN BOLDÓ RODA, «*Levantamiento del velo...*», *op. cit.*, pág. 65

comportamientos humanos extendiéndose estos mismos derechos y obligaciones a las personas jurídicas. De este modo queda al descubierto la contradicción del propio autor al introducir elementos naturalísticos en el plano normativo, dos teorías incompatibles entre sí.

Así las cosas, los autores analistas alargan sus críticas a las consecuencias que se derivan de lo anterior, que no son otras que la indudable reducción de las normas atinentes a la persona jurídica en normas orientadas a la disciplina de la conducta de los humanos. De ahí que D'ALESSANDRO muestre su disconformidad, con la teoría de Kelsen que, a su vez fue en parte compartida y seguida por ASCARELLI, la destrucción de la instrumentalización de la persona jurídica, al no haber tenido en consideración que el ente tiene derechos y obligaciones distintos de los individuos que la componen¹⁰⁴.

En suma, se discute el fenómeno de la subjetividad del ente y su función jurídicamente instrumental como centro de imputación distinto de los individuos que la componen, así como la subjetivación de situaciones de individuos que presentan características jurídicas distintas al del ente colectivo.

B) Construcciones de la teoría de las personas jurídicas:

a. Significado, definición y conceptos jurídicos.

Analizadas las críticas, los autores analistas trataron de construir la teoría sobre el significado y definición de persona jurídica con escasa avenencia entre los autores de esta corriente filosófico-jurídica. De este modo, HART, propuso una definición contextual que busca una *«contrapartida inmediata en el mundo fáctico»*, consistente en una *«explicación de los enunciados típicos que incorporan el concepto – de persona jurídica – y en la determinación de las condiciones en las que se puede decir que éste responde a la verdad»*¹⁰⁵.

Por su parte, SCARPELLI coincide con HART en cuanto que todo concepto jurídico implica una correlativa referencia a las normas. Sin embargo, no coincide con la teoría de definición propuesta por HART, entendiendo que de ese modo estaríamos ante una restricción del concepto. Por ello SCARPELLI entendía más adecuada una definición condicional del concepto que lo hiciese irreductible en el lenguaje normativo¹⁰⁶. Pero este tipo de definición se pueden excluir del discurso los conceptos «calificadores», esto es, los que expresan una referencia a normas, que

¹⁰⁴ CARMEN BOLDÓ RODA, *«Levantamiento del velo...»*, op. cit., nota 71, pág. 65

¹⁰⁵ HART, H.L.A, *«Definition...»*, op. cit., pgs. 57 y ss.

¹⁰⁶ SCARPELLI, U., *«Contributo a la semántica del linguaggio normativo»* en *Memoria dell' Accademia delle Scienze di Torino*, t. 5, parte II, núm 2, Torino 1952, pág. 81

serían sustituidos por indicaciones a la norma, esto es, al concepto «persona»¹⁰⁷. El propio autor reconoce en su obra el laborioso esfuerzo que supondría este tipo de definición poco colaborativo con la economía del discurso y finaliza reconociendo la utilidad de la simplificación del discurso jurídico tradicional¹⁰⁸.

b. La persona jurídica como símbolo incompleto.

Señaladas las críticas a la incongruencia sistemática de Kelsen y ASCARELLI, D'ALESSANDRO concluye, en la misma línea de la subjetivación de HART y SCARPELLI, que el concepto de persona jurídica no es más que un *nomen* al que no corresponde ninguna realidad fáctica o cosa. Este autor, tilda de «esencialista» la «convicción de que entre un símbolo y su significado exista una relación necesaria, fija e inmutable¹⁰⁹».

Subsume el concepto en la llamada categoría de símbolos incompletos, esto es, un nombre de un objeto incapaz de indicar una realidad que pretende simbolizar, desprovisto de una correspondencia fáctica inmediata¹¹⁰. Además, añade que no es un sujeto lógico de la norma, pues estos solo pueden ser las personas físicas, y que se trata, por tanto, de un sujeto gramatical que solo puede ser tratado sintácticamente y no semánticamente.

GALGANO suscribe la teoría del símbolo incompleto enunciada por D'ALESSANDRO recalcando que la subjetividad sólo se da en los seres humanos y que tan solo se extiende al grupo en un sentido traslaticio, la tradicional designación de persona jurídica como sujeto de derecho es «sólo el fruto de la constatación doctrinal de que la disciplina positiva de determinados grupos da vida a situaciones análogas a aquellas que se verifican por el surgimiento de un sujeto de derecho¹¹¹».

¹⁰⁷ Para las categorías de tipos de conceptos que distingue SCARPELLI Vid. «Contributo a la semántica del linguaggio normativo» en *Memoria dell' Accademia delle Scienze di Torino*, t. 5, parte II, núm 2, Torino 1952

¹⁰⁸ CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento del velo...», *op. cit.*, pág. 67

¹⁰⁹ D'ALESSANDRO, F., «Persone...», *op. cit.*, págs. 285 y 286

¹¹⁰ CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, pág. 68

¹¹¹ GALGANO, F., «Delle persone giuridiche», en *Commentario del Codice Civile*, a cura de A. SCIALOJA e G. BRANCA, arts. 11-35, Bologna-Roma, 1972, pág. 59

6. DELIMITACIÓN DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN ESPAÑA

«Lo cierto es que el levantamiento del velo considerado como tal el desconocimiento de la personalidad jurídica para imputar los efectos de un acto directamente sobre los socios que la componen se presenta como una expresión metafórica que se fundamenta en distintas instituciones, cada una de ellas con su propia identidad y producen a su vez distintos efectos según el caso que se trate»¹¹².

Las principales instituciones o principios jurídicos sobre las que el Tribunal Supremo fundamenta la aplicación de la doctrina que estamos analizando a lo largo de este trabajo se encuentran en el considerando de la ya citada sentencia de 28 de mayo de 1984. Cabe destacar que las siguientes instituciones de nuestro ordenamiento jurídico que sirven para justificar la aplicación del levantamiento del velo societario al que al inicio del considerando de dicha sentencia se hace referencia, se realiza en bloque, como un *totum revolutum*, cuando estas figuras de equidad, el fraude de ley, el abuso de derecho, están pensadas para supuestos de hecho diferentes, provocando así esta enunciación conjunta de los principios jurídicos, una contradicción de que a un mismo supuesto de hecho se apliquen todas ellas, lo cual, hasta la fecha, no había sido jurídicamente viable, puesto que cada figura jurídica tiene su propia entidad y para la aplicación de cada una de ellas se precisa requisitos diferentes¹¹³.

6.1 ¿Qué es la Doctrina del Levantamiento del Velo? Definición y características

La llamada técnica del levantamiento del velo constituye una doctrina jurisprudencial consistente en la penetración de la personalidad jurídica, más allá de su forma legal en aquellos casos y circunstancias en los que se considere que la persona jurídica se ha constituido en fraude de Derecho. Esta técnica tiene por finalidad «evitar que al socaire de la ficción de la persona jurídica se perjudiquen intereses públicos o privados»¹¹⁴.

Aunque el Derecho español cuente con antecedentes jurisprudenciales a una práctica similar a la doctrina del levantamiento del velo, no es hasta el 8 de enero

¹¹² FONT RIBAS, A. «Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses», *RJC*, 3, 1982 pgs. 74-75

¹¹³ CARMEN BOLDÓ RODA «Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español», 3ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona 2000, pág. 226

¹¹⁴ CARMEN ALONSO LEDESMA (Mª Ángeles Alcalá Díaz), *Diccionario de derecho de sociedades*, pág. 147, iustel, 2006, Madrid

de 1980¹¹⁵ y fundamentalmente hasta el 28 de mayo de 1984¹¹⁶ cuando podemos afirmar la existencia plena de la doctrina del levantamiento del velo tal y como hoy lo conocemos, que llega a España para asentarse por medio del Tribunal Supremo a través de las sentencias por las que se consagra dicha doctrina que será aplicada de forma general por los Tribunales a partir de este momento.

6.2 Antecedentes: doctrina de terceros

La admisión de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en España ha sido bastante reciente, más concretamente podemos afirmar que su entrada llegó en la década de los ochenta. No obstante, anterior a la aplicación de esta doctrina que en otros ordenamientos jurídicos como el alemán o anglosajón llevaban ya asentados y en aplicación por sus tribunales pertinentes, nuestro ordenamiento jurídico español reconocía una doctrina que, aunque no se pueda afirmar que fuesen lo mismo ni iguales, alcanzaba un resultado similar, esta era la «doctrina de terceros».

Los criterios normativos que englobaban la expresión alemana «*Missachtung der Rechtsform der juristische Person*» (desconocimiento de la forma jurídica de la persona jurídica) y que en el Derecho anglosajón se conocía como «*disregarding the corporate entity*» (ignorar la entidad corporativa) o similares, no eran completamente coincidentes con los criterios normativos que quedaban subsumidos en el Derecho español bajo la llamada «doctrina de terceros». A pesar de las diferencias se puso de manifiesto que, en determinados casos la doctrina aplicada por los Tribunales españoles alcanzaban los mismos resultados que otros ordenamientos venían resolviendo mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario.

Con la intención de impedir los privilegios propios de las personas jurídicas, fraguó la creación de la doctrina de terceros, que supuso un avance en la delimitación de la personalidad jurídica. Esta figura trataba de determinar, en qué casos podía ser considerada la sociedad como un tercero, independientemente en sus acciones y obligaciones, respecto de sus socios y administradores¹¹⁷. En suma, trataba, del

¹¹⁵ STS de 8 de enero de 1980 [ECLI:ES:TS:1980:64] (RJ 1980, 21)

¹¹⁶ STS nº 330 de 28 de mayo de 1984 ECLI ES:TS:1984:1196 (RJ 1984, 2800)

¹¹⁷ HURTADO COBLES, J., *La doctrina del levantamiento del velo societario: estudios prácticos sobre aplicación por los tribunales españoles*, Atelier, Barcelona 2000, pág. 48

mismo modo que la doctrina del levantamiento del velo, penetrar en la sociedad y comprobar si existe alguna irregularidad en su comportamiento¹¹⁸.

Es claro que un socio, en tanto que tiene responsabilidad distinta a la de la sociedad, pueda considerarse tercero respecto de las actuaciones que realizaba bajo la responsabilidad de la sociedad. Así, por tanto, un socio puede contratar con una sociedad y adquirir bienes o servicios proporcionados por ésta, debatiéndose la posibilidad de ejercitar una acción de retracto al crear la ficción de ser dos personas distintas, abusando así del derecho y, en concreto de las responsabilidades establecidas en el ordenamiento, en fraude de la ley¹¹⁹. Por tanto, que, salvo casos extraños, el socio será conocedor del bien propio de la sociedad a la que pertenece. De este modo, y con respecto a diversas ocasiones, en algunos supuestos, el socio puede no ser considerado tercero, en relación con la sociedad¹²⁰.

Las dos primeras sentencias que resolvían el problema de la personalidad jurídica con arreglo a esta figura jurisprudencial fueron las SSTs de 7 de julio de 1927 y de 8 de octubre de 1929¹²¹. En la primera de las sentencias se resuelve en contra de la personalidad separada de una sociedad constituida meramente con afán defraudatorio, para evitar los efectos derivados de un laudo arbitral¹²². De la segunda podemos extraer algo más interesante, y es que, con el comentario de esta que hace PUIG BRUTAU, vemos datos específicos que sitúan por qué no es reconocible dicha personalidad¹²³.

La doctrina de terceros llegó a su mayor esplendor en la década de los 50, cuando diversos tribunales recurrieron a ella para zanjar controversias, a principios de la

¹¹⁸ PÉREZ BERNABÉU, B., Levantamiento del velo y responsabilidad tributaria. Revista de Información Fiscal, nº110, 2012, pág. 3

¹¹⁹ En materia «retracto de comuneros», se pronuncia, entre otras, la SAP Barcelona ECLI:ES:APB:2014:15169

¹²⁰ CARMEN BOLDÓ RODA *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona 2000, pg. 208 y ss

¹²¹ SEOANE SPIEGELBERG J.L., *El levantamiento del Velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil*. Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, nº42, 2012, artículo 1, pág. 11

¹²² PÉREZ BERNABÉU, B., Levantamiento del velo y responsabilidad tributaria. Revista de Información Fiscal, nº110, 2012, pág. 3

¹²³ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona 2000, pg. 210: «1) que la sociedad tercerista no existe porque es un contrato simulado el de su constitución; 2) que por ello la sociedad no es un tercero; 3) que falta también la buena fe que exige el artículo 464 del Código Civil»

misma cabe destacar la STS de 12 de diciembre de 1950¹²⁴. Esta sentencia debate acerca de la nulidad de las actuaciones ejercidas por una sociedad familiar. Esta sociedad (Julián A. y Hermanos), adquirió la propiedad de un predio, el cual tras la disolución de la misma fue asignado a uno de los socios. El Alto Tribunal, en este caso, no consideró tercero a este socio respecto de la sociedad, amparando su postura en que el socio era consciente, y tenía conocimiento de los posibles vicios que podían afectar a la adquisición del terreno por la sociedad¹²⁵.

Tras estas sentencias, otras, como las SSTs de 26 de enero de 1952, de 22 de junio de 1956, de 5 de mayo de 1958 o de 30 de abril de 1959; han ido configurando el marco en el que la jurisprudencia se mueve cuando hablamos de levantamiento de velos societarios. Trasponemos los términos recogidos en la doctrina del *disregard* a la jurisprudencia española, y sientan las bases para la protección de acreedores y terceros frente a los abusos de algunas personas jurídicas¹²⁶.

Volviendo a la doctrina del levantamiento del velo societario actual, cabe destacar, que las sentencias del tribunal Supremo de 1980 y 1984 no se orientan en un mismo sentido, podría decirse incluso que toman caminos opuestos, pues si bien la primera fue el origen del levantamiento del velo, separándose así de la doctrina de la teoría de terceros, su fundamentación se concluía ante la «posibilidad de investigar el fondo real» sin «detenerse ante la forma jurídica de la persona» contemplando a los «individuos reales que la constituyen y a su posición» [STS 8 de enero de 1980] para «sostener la afirmación de que entre sociedad y accionistas existía una genuina contradicción o dualidad de intereses, 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 práctica»¹²⁷. Esto es, a diferencia de lo expuesto, con la sentencia del 84 el Tribunal Supremo lleva a cabo la «penetración» al interior de la persona jurídica para concluir la existencia de intereses idénticos entre la sociedad anónima y sus socios.

¹²⁴ PÉREZ BERNABÉU, B., Levantamiento del velo y responsabilidad tributaria. Revista de Información Fiscal, nº110, 2012, pág. 3

¹²⁵ RICARDO DE YAGÜEZ, *La doctrina del 'levantamiento del velo' de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia* (2ªed. (rev. y puesta al día), Civitas, S.A., Madrid, 1991, pág. 59-60

¹²⁶ CARMEN BOLDÓ RODA *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona 2000, pág. 211 y ss.

¹²⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia* (7ª ed. (rev. y puesta al día), Thomson-Civitas, Madrid, 2017, pg. 62

6.3 SSTs de 8 de enero de 1980 y 28 de mayo de 1984

Con la STS de 8 de enero de 1980 la doctrina española se aleja de la teoría de terceros acercándose así a la doctrina del levantamiento del velo, si bien es cierto, como ya hemos señalado previamente, no es la sentencia que refleja plenamente esta nueva doctrina, pero sí la primera en asimilarse.

En la misma, el Excmo. Sr. Magistrado de la Vega Benayas determinó que, por parte de PROTUCASAS (Promoción Turística Canarias S.A.), quien pretendía la nulidad contractual por falta real de oferta y aceptación, teniendo en cuenta que tres de los nueve integrantes de la comunidad arrendadora eran igualmente integrantes de la sociedad arrendataria. Se aduce en la sentencia la posibilidad de destapar la persona jurídica y atender así a los «individuos reales que la constituyen y su posición¹²⁸», para investigar el fondo real de la situación sin detenerse ante la forma jurídica de la persona, pronunciándose sobre los intereses en juego y su protección.

Pese al hito que supuso la mencionada sentencia, la jurisprudencia fundamental, o, mejor dicho, que fundamenta las bases de la doctrina del levantamiento del velo societario es la STS de 28 de mayo de 1984 [sentencia nº1196/1984] (RJ 1984, 2800) dirigido por el mismo Magistrado, la que se toma por referencia en este ámbito, y sirve para el resto de los tribunales para la consecución de su aplicación.

El *iter* procesal en este caso sigue de la siguiente forma; en modo muy abreviado, “Uto. Ibérica S.A.”, domiciliada en Palma de Mallorca, promovió demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, en reclamación de daños y perjuicios originados en alguno de los apartamentos de dicha cadena hotelera, por la rotura de la red municipal de abastecimiento de agua, servicio municipal gestionado por EMAYA (Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado S.A.), contra el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, al entender que, al ser una empresa municipal, este respondía de las faltas del primero.

La demanda fue originariamente dirigida contra el Ayuntamiento, previa reclamación administrativa, posteriormente para obviar el problema de la legitimación pasiva, por la actora, se solicitó la acumulación a estos autos de los de igual naturaleza instados contra Emaya, dando lugar al conflicto de prescripción de la acción de reclamación por responsabilidad de los arts.1973 y, subsidiariamente el art. 1968.2º en relación con el art. 1902 del Código Civil, a la Sociedad Anónima demandada.

Contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, por la representación de la demandada-apelada “Emaya”, se preparó recurso de casación por infracción de ley, cuyo resultado es el que interesa en este estudio y al que nos referiremos.

¹²⁸ STS de 8 de enero de 1980 ECLI:ES:TS:1980:64 (RJ 1980, 21)

El Alto Tribunal reconoce el buen criterio con el que la Sala de instancia había reconocido que la S.A. Emaya, como persona jurídica inscrita en el correspondiente Registro, tenía propia y distinta personalidad independiente del municipio, respetando la constitución de las mismas.

Al tenor de este trabajo, nos es de interés el considerando cuarto, donde se alude a la entrada en el «*substratum*» de la personalidad jurídica de la sociedad y «levantar el velo societario» que oculta la misma; pues el *quid* de la cuestión, en este concreto supuesto, es que el Alcalde de Palma de Mallorca era a su vez Presidente del Consejo de Administración y representante de la sociedad Emaya, por tanto la prescripción del plazo que alegaba ésta última no puede ser tenido en cuenta dado que al notificarse al ayuntamiento se tiene también por notificada a la sociedad municipal, y por ende interrumpido el plazo¹²⁹.

La sentencia, aclara igualmente, que la aplicación de la técnica del levantamiento del velo societario no debe interpretarse como la negación de la personalidad de una sociedad debidamente constituida, sino como mecanismo para acceder y determinar quién responde de los actos fraudulentos de la misma, a fin de defender los derechos de terceros o intereses de los socios.

Dada la tremenda facilidad existente en la creación de una persona jurídica, es decir, simplemente necesita de un contrato de constitución y su inscripción correspondiente en el Registro Mercantil, hace más factible la creación de muchas sociedades que no siempre tienen fines lícitos¹³⁰.

Es por ello que, los Tribunales españoles, lejos de realizar un control exhaustivo de todos los aspectos que rodean a la misma, tienen la capacidad de levantar el velo societario y ver con sus propios ojos si el funcionamiento del mismo es correcto y no reporta ningún fallo o dolencia¹³¹.

Del mismo modo, los juristas expertos en la materia, «desvelan» qué se oculta bajo el aspecto societario, dividiendo las deudas contraídas por las empresas o grupos sociales, así como propiedades o los distintos créditos, respecto de los

¹²⁹ STS de 28 de mayo de 1984, considerando cuarto: «mediante una asimilación de la reclamación previa administrativa a la interpretación extrajudicial para interrumpir la prescripción (...), en cuanto dicha reclamación se dirigió contra quien, como el Ayuntamiento, no era sino “órgano de la Sociedad Anónima demandada” y “el Alcalde el Presidente de su Consejo de Administración”, por tanto representante de aquella (...), Alcalde o Teniente de Alcalde que fue el “pleno recipiario de la reclamación” dicha, con la eficacia interruptiva lógica y justa en virtud de la doble condición de Alcalde y Presidente del Consejo»

¹³⁰ LUIS DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, Sistema de derecho civil. Vol. 1; Introducción: Derecho de la persona; Autonomía privada; Persona jurídica. 12ª ed., Tecnos (Grupo ANAYA, S.A.), Madrid 2012, pág. 508.

¹³¹ LORENZO ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, *Abuso de Personificación, Levantamiento del Vele y Desenmascaramiento*, editorial COLEX, Madrid 1997, pág. 18.

pertenecientes individuos que efectivamente se sitúan dentro de aquellas que, por regla general, cuando se trata de asuntos que cumplen los requisitos de la mencionada doctrina, utilizan el beneficio de la incomunicación de responsabilidad patrimonial para cometer abusos de derecho¹³².

El sobrenombre que recibe esta doctrina viene referida al mencionado descubrimiento del «velo» o «*manto protector*» que en la mayoría de las ocasiones arropan las actividades societarias¹³³.

No obstante, este concepto no es el único empleado para describir la acción regularizadora de la personalidad. En EEUU, ha sido conocido con el nombre «*disregard of the legal entity doctrine*» (desprecio de la personalidad jurídica), que hace referencia a la indiferencia (*disregard*) que supone para los tribunales el hecho de que el caso traiga a colación a una persona jurídica o física, por entender que, quien toma las decisiones y comete los delitos en que pueda incurrir la sociedad es una persona física y no la persona jurídica con conciencia propia.

Igualmente, WORMSER la denominó como «*piercing the corporate veil*» (pinchando el velo corporativo), en la que entiende el velo societario como una burbuja de ilusión, donde los miembros que conforman una persona jurídica viven sin dar explicaciones de ningún movimiento, salvo, claro está, a los socios o personas necesarias para acometer dichas gestiones¹³⁴.

Con esta doctrina se procede a explotar dicha burbuja y desproteger, entendiéndose siempre desde el punto de vista de la diferencia de protección ejercida sobre las personas físicas y jurídicas, a los miembros societarios cuyas tareas han reputado fraudes o abusos de ley¹³⁵. En palabras de nuestro Alto Tribunal, es un mecanismo que trata de impedir el mal uso que en ocasiones se hace de las personas jurídicas¹³⁶; abstraerse de la forma societaria y encontrar qué anomalías se encuentran en el funcionamiento interior de las personas jurídicas. De tal modo que

¹³² MARÍA BUEYO DÍEZ JALÓN «*Responsabilidad de los Administradores; Levantamiento del Velo*», Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2000, pág. 187

¹³³ MARÍA LUISA ARRIBA FERNÁNDEZ, *La teoría del levantamiento del velo en la doctrina*. Estudios y Comentarios Legislativos. Civitas. Derecho de Grupos de Sociedades, 2009, pág. 1

¹³⁴ WORMSER, jurista americano que sintetizó en 1912 la ya aceptada corriente jurisprudencial en tal sentido, citado por LÓPEZ MESA, «*El abuso de la personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales*», Depalma, Bs. As., 2000, pág. 113

¹³⁵ RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia* (7ª ed. (rev. y puesta al día), Thomson-Civitas, Madrid 2017, pág. 95

¹³⁶ STS de 22 de febrero de 2007: «... pues se trata de evitar el abuso de la personalidad jurídica en daño ajeno o “de los derechos de los demás” (artículo 10 CE) o contra el interés social, es decir, de un mal uso de la personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (artículo 7.2 CC).»

se pueda responsabilizar a los responsables de aquellas acciones ilícitas, o cuyos atributos distan de ser los exigidos por la sociedad¹³⁷.

6.4 Elementos fundamentales para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo

Para comprender esta práctica judicial debemos de tener en cuenta los principales elementos que conducen a considerar su uso respecto de determinados sujetos jurídicos. Así, dichos elementos serían: el elemento objetivo, el elemento subjetivo, y el uso reservado en los casos de necesidad y de manera subsidiaria¹³⁸.

6.4.1. Elemento objetivo

Se entiende que son realizados en fraude de ley, todos aquellos actos que, refugiados en la letra de la ley, tengan como finalidad la producción de prohibiciones que en otras circunstancias no podrían realizarse¹³⁹. Partiendo de esta base, el primer elemento que nos invita a considerar el uso del levantamiento del velo, podemos comprenderlo, siguiendo a R. SERICK, como el uso abusivo de estas ficciones, a fin de incumplir o burlar la norma legal¹⁴⁰. Por ende, lo que se persigue con la aplicación de esta figura es evitar que se exima de responsabilidad a los verdaderos artífices, impidiendo de este modo, que estos se oculten tras el privilegio de la incomunicación propia de las sociedades, efectuando una extensión de responsabilidad y de las deudas de estos primeros sujetos a sus administradores o socios¹⁴¹.

Cabe preguntarse, llegados a este punto si el control por parte de los tribunales está justificado en todos los casos, a lo que la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Salamanca, dio respuesta en su sentencia de 15 de abril de 1994, determinando que, el uso de esta figura no puede dejarse al libre arbitrio por los tribunales, sino,

¹³⁷ STS de 27 de noviembre de 2002: «...Levantar el velo de una persona jurídica consiste en hacer abstracción de su personalidad, o de alguno de sus atributos, en hipótesis determinadas...»

¹³⁸ MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *La doctrina del levantamiento del velo societario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: status quaestionis. La ley mercantil*, nº26, 2016, pág., 3.

¹³⁹ MARÍA BUEYO DÍEZ JALÓN «*Responsabilidad de los Administradores; Levantamiento del Velo*», Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2000, pág., 193

¹⁴⁰ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*», 3ª edición, Pamplona, edit. Aranzadi, 2000, pág. 73

¹⁴¹ MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ «*La doctrina del levantamiento del velo societario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: status quaestionis*». *La ley mercantil*, nº26, 2016, pág. 3

que, deben existir pautas o reglas de uso para no realizar una completa desprotección de la sociedad como persona¹⁴².

En los mismos términos se han ido sucediendo sentencias cuyo fin no es otro que plasmar el uso restrictivo de lo que entendemos por esta doctrina, encuadrándola dentro de un marco cerrado, pues, de no ser así, tal como recoge la SAP Madrid de 30 de noviembre de 2012¹⁴³ se produciría un golpe fatal para la seguridad de los operadores en el tráfico jurídico.

Por tanto, resulta imprescindible conocer el elenco normativo que delimitan nuestros derechos e intereses con anterioridad a situarnos ante una posible aplicación de esta doctrina. Cuándo y ante qué contexto sería posible levantar el velo societario, pues, *sensu contrario*, se atentaría contra la seguridad jurídica y, con ello, la formación de las personas jurídicas¹⁴⁴.

6.4. 2. Elemento subjetivo

Aunque las discrepancias entre doctrina y jurisprudencia sean abundantes, coinciden en que no basta con que se produzca el fraude de ley, siendo necesario para la aplicación del levantamiento del velo que, dicho acto haya sido realizado de manera consciente, y con voluntad de hacerlo efectivo¹⁴⁵.

El acto volitivo sienta sus bases en la STS de 28 de mayo de 1984 que, se desprende de las palabras «*ser utilizada*» denotan intencionalidad en las personas que se sirven de la incomunicación de las sociedades y personas jurídicas, para realizar actos prohibidos o, fallando al objetivo perseguido por ley. En diversos pronunciamientos de las distintas AP podemos encontrar como ese valor intencional se promulga de la actuación, algunos ejemplos como SAP Málaga de 30 de enero de 1998, al determinar que debe acreditarse la existencia de al menos una conducta responsable; o SAP Barcelona de 18 de octubre de 2007, que determina la importancia de que exista una intención de dañar.

De lo anteriormente dicho, es cierto que en la práctica la mayoría de los tribunales exigen este elemento individual, que determina que no todos los supuestos son iguales, pero, en determinadas circunstancias, no lo ven necesario. La dificultad de

¹⁴² HURTADO COBLES, J., «*La doctrina del levantamiento del velo societario: estudios prácticos sobre aplicación por los tribunales españoles*», Atelier, Barcelona, 2000, pág. 67

¹⁴³ SAP Madrid, de 30 de noviembre de 2012 [ECLI:ES:APM:2012:22511]

¹⁴⁴ CARMEN BOLDÓ RODA *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 3ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona 2000, pág. 235

¹⁴⁵ MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *La doctrina del levantamiento del velo societario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: status quaestionis. La ley mercantil*, nº26, 2016, pág., 3-4

apreciar el elemento individual en un contexto corporativo radica en la determinación de la misma, si es imputable al administrador o administradores, al grupo mayoritario de los socios, o en suma, a quién.

Es por ello que en sentencias como SAP Almería de 17 de diciembre de 2009¹⁴⁶ se elimina este elemento y se aplica la doctrina pese a la inconsciencia en el acto, o la falta de intencionalidad por parte del socio o administrador¹⁴⁷. Por tanto, podemos concluir que, en ocasiones este elemento subjetivo será requisito necesario, cuando sea fácilmente detectable, sin embargo, en otras ocasiones que no se muestre tan claramente no será determinante. Y que no parece haber una jurisprudencia constante o coherente, sino más bien adaptada al caso concreto, lo que sí será determinante y común en todos esos procesos, será como ahondaremos más adelante, la persecución del valor justicia¹⁴⁸.

6.4.3. Uso reservado

El último elemento, aunque quizás habría que llamarlo extensión de las anteriores, sería el uso reservado o medida excepcional que supone esta doctrina. El levantamiento del velo debe ser usado, única y exclusivamente, cuando no existan otras alternativas contempladas en el ordenamiento jurídico, más sencillas y menos gravosas, de conocer las actividades que nos interesan de cara a una posible sanción frente a la personalidad invocada¹⁴⁹. En este sentido, la SAP Barcelona de 3 de septiembre de 1998, resuelve aportando que, en todo caso, y aunque fuese predicable del caso, la utilización de estas ficciones será posible siempre que no exista un precepto legal que nos permita llegar al mismo resultado, cuando, este segundo sea menos lesivo para el tráfico jurídico que la mencionada doctrina¹⁵⁰.

Este carácter subsidiario responde de la prelación de fuentes establecido en nuestro Código Civil cuando, en el artículo 1 se contempla la ley como primera esfera a la que acudir en busca de soluciones al litigio, relegando la jurisprudencia a un mero complemento del ordenamiento jurídico, y, más, cuando el objetivo es «destapar» una sociedad, para que responda de obligaciones y contratos civiles, o acciones

¹⁴⁶ SAP AL 1373/2009 - ECLI:ES:APAL:2009:1373

¹⁴⁷ ¹⁴⁷ MARÍA BELÉN GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *La doctrina del levantamiento del velo societario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: status quaestionis. La ley mercantil*, nº26, 2016, pág., 7

¹⁴⁸ STS de 28 de mayo de 1984, Considerando cuarto

¹⁴⁹ SAP de 4 de septiembre de 2018: «... la excepcionalidad de dicha doctrina que exige en todo caso un proceder fraudulento en la constitución de una entidad jurídica con el deliberado propósito de causar un daño a tercero...»

¹⁵⁰ HURTADO COBLES, J., *La doctrina del levantamiento del velo societario: estudios prácticos sobre aplicación por los tribunales españoles*, Atelier, Barcelona 2000, pág. 70

delictivas, aspectos estos fuertemente amparados por el principio de legalidad¹⁵¹. Y es que aquí subyace un factor no explicitado, que en ocasiones tratamos con normas penales o administrativas sancionatorias y en ocasiones con normas civiles o administrativas no sancionatorias, y probablemente esto determine la diferencia de trato en las sentencias.

Por tanto, esta técnica responde a una serie de límites de aplicación, quedando, en principio, reservada únicamente a supuestos en los que ninguna norma sustantiva o procesal sea capaz de dar solución al problema sobre la autenticidad identitaria del sujeto societario, y, a su vez, existen indicios suficientes para sostener la desconfianza hacia el mismo¹⁵².

Es más, en el prólogo de la obra de SERICK, a modo de precaución, se advierte del peligro que resultaría de la desprotección de las figuras jurídicas, el cual sería superior al mal uso que de éstas se haga¹⁵³.

6.5 Formulación de la doctrina del levantamiento del velo: STS 28 de mayo de 1984

Autores como DE ÁNGEL O BOLDÓ, encuentran un antecedente de la doctrina del *disregard* en España, la STS de 8 de enero de 1980, en la que, el Magistrado de la Vega Benayas determina, en el primer considerando de la sentencia, que por parte de PROTUCASAS (Promociones Turísticas Canarias S.A.) se pretende la nulidad del contrato por existir falta real de oferta y aceptación, dado que tres de los nueve integrantes de la comunidad arrendadora pertenecen también a la contratante.

A lo que respecta en la consistencia de las bases de la doctrina del *disregard*, más interesante nos resulta el considerando segundo de la misma sentencia, que germinará en el futuro la doctrina del levantamiento del velo. En ella se aduce a la posibilidad de destapar la persona jurídica y atender a los «individuos reales que la constituyen»¹⁵⁴.

¹⁵¹ LUIS DÍEZ PICAZO Y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de derecho civil volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 12ªed., Editorial Tecnos (Grupo ANAYA, S.A.), Madrid 2012, pág. 101

¹⁵² MARÍA BUEYO DÍEZ JALÓN, *Responsabilidad de los Administradores; Levantamiento del Velo.*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2000, pág. 207

¹⁵³ R. SERICK & JOSÉ PUIG BRUTAU, *Apariencia y realidad en las Sociedades Mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ariel, Barcelona 1958, pág. 11.

¹⁵⁴ STS 8 de enero de 1980: «la posibilidad de investigar el fondo real de la situación, sin detenerse ante la forma jurídica de la persona para, en atención a los individuos reales que la constituyen y a su posición,

Pese al hito que supuso la sentencia dictada en el año 80, no es hasta cuatro años más tarde que se resuelve un litigio, con la ahora denominada doctrina del levantamiento del velo, la primera en esta materia es la STS de 28 de mayo de 1984, dirigido por el mismo Magistrado de la Sala Primera del TS [STS1196/1984]. En este caso, debido a una mala gestión y cuidado del alcantarillado por parte de EMAYA (Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado S.A.), se produjo un filtrado de las aguas que afectó a un hotel cercano perteneciente a la cadena hotelera Uto Ibérica S.A. produciéndose con ello la imposibilidad de uso de algunas de las plantas que quedaron dañadas y necesitadas de reparación.

En los considerandos de la sentencia, el tribunal reconoce que, pese a tratarse de una empresa municipal, se trata de entidades independientes en litigio, respetando la constitución de la misma, constituida bajo la Ley de Sociedades y, encontrándose conforme a derecho, inscrita en el registro de Sociedades correspondiente.

No obstante, a pesar de lo antedicho, el Alto Tribunal decidió en su Considerando Segundo que, basándose en sentencias anteriores (SSTS de 17 de diciembre de 1979, de 16 de marzo de 1981) no daba lugar al plazo de prescripción alegado por la demandada, Ayuntamiento de la Palma, debido a que EMAYA se conformaba como órgano propio del Ayuntamiento de la Palma, cuyo alcalde era Presidente del Consejo de Administración y representante de la misma Sociedad. Por tanto, se entendía que citando al ayuntamiento se paralizaba el plazo prescriptivo y se daba a la empresa municipal por notificada. Como más adelante ahondaremos, la decisión del Tribunal fue criticada por autores como PANTALEÓN, pues a su entender, el tribunal levantó el velo a medias «fingiendo» que el Ayuntamiento y la entidad independiente son un mismo sujeto a efectos de interrumpir la prescripción y no haciendo lo mismo a efectos de la responsabilidad civil al condenar a la sociedad EMAYA y no al Ayuntamiento¹⁵⁵.

La *quit* de la cuestión en los que nos respecta a efectos de este trabajo lo encontramos en el considerando cuarto, donde se alude a la entrada a la personalidad jurídica de la sociedad y «levantar el velo» que oculta a las mismas. Se aclara, igualmente, que realizar dicha acción no debe interpretarse como la negación de la personalidad jurídica de una sociedad correctamente constituida, tan sólo se pretende acceder a efectos de determinar quién responde de los actos fraudulentos de la misma¹⁵⁶.

pronunciarse sobre los intereses en juego y su protección de acuerdo con los principios que regulan la conducta contractual».

¹⁵⁵ Vid. PANTALEÓN PRIETO F., «Comentarios a la Sentencia de 28 de mayo de 1984» CCJC, 1984, pgs. 1711 y ss.

¹⁵⁶ STS de 28 de mayo de 1984: «penetrar en el «*substratum*» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal

En este caso se determina la entrada en el «*substratum*» de la sociedad en los casos de daños extracontractuales regidos por el art. 1902 CC. y se realiza la misma a fin de defender los derechos de terceros o intereses de los socios.

La presente sentencia realiza un esfuerzo intelectual, por el que basa la aplicación de esta figura basándose en los conceptos de equidad, buena fe, fraude y abuso de derecho – que más adelante ahondaremos en estas cuestiones. Sirviendo ésta como base para que futuros magistrados puedan acudir a ella como forma de justificar su decisión de penetrar en el sustrato de la sociedad, porque reporta comportamientos de abuso de derecho o fraude de ley.¹⁵⁷

En los fundamentos jurídicos de la sentencia de 28 de mayo de 1984 el tribunal determinó los elementos claves que permitirían en el futuro al juzgador penetrar en la persona jurídica e imputar los efectos derivados de un acto directamente sobre los socios integrantes. Según esta sentencia el fundamento jurídico de esta doctrina del levantamiento del velo se esgrime en cuatro argumentos básicos.

En efecto, la penetración de la personalidad jurídica encuentra su razón en la imperante necesidad de resolver la controversia presente entre seguridad jurídica, implícita ésta en el reconocimiento de la propia persona jurídica y el valor justicia que resultaría lesionado si tal reconocimiento se aplicara de forma automática, sin entrar a valorar los intereses en juego. Este conflicto se resuelve anteponiendo la protección de los intereses afectados sobre la apariencia de persona jurídica y se

(de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizado como camino del fraude (artículo sexto, cuatro del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos, del Código Civil) en daño ajeno o de “los derechos de los demás” (artículo diez de la Constitución Española) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un “ejercicio antisocial” de su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil), lo cual no significa – ya en el supuesto del recurso – que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y “constitutiva” personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad «*ex contractu*» o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, «quién maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» y menos «cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad», según la doctrina patria.»

¹⁵⁷ HURTADO COBLES, J., *La doctrina del levantamiento del velo societario: estudios prácticos sobre aplicación por los tribunales españoles*, Atelier, Barcelona 2000, pág. 57.

imputan las obligaciones o responsabilidades contractuales o extracontractuales a las personas de los socios.¹⁵⁸.

En segundo lugar, en aplicación del valor de justicia arriba mencionado, la sentencia resalta la conveniencia de la invocación del principio de equidad para buscar la solución más acertada al caso concreto, más allá de los efectos que atribuye el ordenamiento jurídico a la noción de persona jurídica. Este fundamento de equidad ha sido empleado con el fin de establecer un criterio interpretativo de las normas jurídicas, en aplicación de dicha noción jurídica según los términos del artículo 3.2 CC.; la equidad ponderará las normas jurídicas y en el supuesto concreto constituiría un atenuante de las consecuencias jurídicas que se deriven de la atribución de persona jurídica, por entender que su aplicación automática y en todos los casos podría dar lugar a resultados que no respeten el principio de equidad.

De igual modo, la referida sentencia alude a que, para la aplicación de la doctrina del levantamiento de velo, deben concurrir los presupuestos contemplados en el artículo 6.4 del CC. que define el fraude de ley, ya que, conforme a su redacción, se estaría haciendo un uso indebido del ente personificado como instrumento de cobertura para eludir la aplicación de una norma imperativa que conlleve un resultado prohibido por el ordenamiento.

Las mayores críticas a la fundamentación de la doctrina o posturas que rechazan directamente la doctrina vienen relacionadas con la falta de precisión del concepto personalidad jurídica a la que aludíamos en el apartado sexto de este trabajo.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA critica con dureza la fundamentación que el Alto tribunal utiliza con las siguientes palabras: *«el Tribunal Supremo, en mi opinión, ha fracasado en la definición de categoría de antijuridicidad a que el abuso de personificación pertenece, habiendo llegado a identificar esta figura con el fraude de ley y con el ejercicio antisocial de los derechos subjetivos, reputándolo especie de esos géneros de ilicitud que desde 1974 contempla y reprime nuestro código Civil – arts. 6.4 y 7.2»*¹⁵⁹. Para ÁLVAREZ DE TOLEDO la técnica jurisprudencial tiene su razón de ser en la defensa de lo que él mismo considera los principios esenciales configuradores de las sociedades mercantiles: en primer lugar, el principio de prohibición de la clandestinidad en el ejercicio del comercio; y en segundo, el principio de transparencia patrimonial o de confusión de patrimonios.

¹⁵⁸ CARMEN ALONSO LEDESMA (M^a Ángeles Alcalá Díaz), Diccionario de derecho de sociedades, Iustel, Madrid 2006, pág. 147

¹⁵⁹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., *«Abuso de personificación, Levantamiento del Velo y Desenmascaramiento»*, Ed. Colex, Madrid 1997, pg. 66

Desde luego, la rudeza de este autor no quedó sin réplica, pues generaliza dos conceptos ya existentes en el ordenamiento jurídico con lo que son, generalmente aceptado, los principios rectores o principios configuradores, entendidos estos últimos como lo que es y no una expresión genérica aplicable a toda sociedad mercantil, sino en el sentido que establecían los antiguos arts. 10 LSA y LSRL: como límites a la autonomía de la voluntad en lo relativo a la configuración de los estatutos. Y ello teniendo en cuenta el modelo dualista de nuestro Derecho de sociedades de capital, por lo que los principios configuradores, como ideas inspiradoras de una determinada regulación, distinguen a un tipo del otro¹⁶⁰.

F, PANTALEÓN¹⁶¹ tampoco tardó en pronunciarse contra la sentencia del TS de 28 de mayo de 1984, quien mostró su desacuerdo, ya no solo con la forma en la que ha sido aplicada la doctrina en este caso concreto, sino contra la propia doctrina del levantamiento del velo. En el caso de autos, el autor razona que el velo ha sido levantado a medias «fingiendo» que el Ayuntamiento y EMAYA son un mismo sujeto a efectos de interrumpir la prescripción y no haciendo lo mismo a efectos de la responsabilidad civil – lo que a mi parecer también sería apropiado dar el mismo tratamiento en todas las esferas que afectasen a cada caso, aplicando de manera homogénea la doctrina – quedando libre de condena el Ayuntamiento¹⁶².

6.6 El conflicto entre el valor justicia y el principio de seguridad jurídica

Antes de ahondar en las categorías de abuso de la persona jurídica, al hilo de la sentencia de 28 de mayo de 1984 arriba mencionada, cabe preguntarse cuál es la diferencia entre el valor «justicia» y «seguridad jurídica». En este sentido, la mencionada sentencia hizo visible el conflicto recurrente entre ambos valores generando un debate entre las posiciones divergentes vinculadas a la consecución de la justicia, mostrándose más favorable por el uso de la doctrina del levantamiento del velo y, por otro lado, quienes compartían la opinión de que el uso de esta figura atenta contra la seguridad de un Estado de Derecho.

A continuación, determinaremos brevemente ambos valores y su posición dentro del ordenamiento jurídico.

A) La Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico:

El artículo primero de la Constitución Española asienta las bases sobre las cuales se erige el ordenamiento jurídico, estableciendo los valores superiores de

¹⁶⁰ CARMEN BOLDÓ RODA *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, not. 40, 3ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona 2000, pág. 227,

¹⁶¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la Sentencia de 28 de mayo de 1984» CCJC, 1984, págs. 1711 y ss.

¹⁶² CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*», *op. cit.*, pág. 226

nuestro ordenamiento, cuales son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo. Es de resaltar que este artículo no enumera una simple lista de valores independientes entre sí, sino que hay que tratarlos conjuntamente¹⁶³, pues lo contrario sería un error. No es posible la existencia de justicia sin hablar de libertad; y no es posible hablar de igualdad, sin hablar de pluralismo o justicia. Todos y cada uno de los valores están íntimamente conectados entre sí y con el ordenamiento jurídico¹⁶⁴. Son configurados como los elementos supraconstitucionales que son, y, que no deben su existencia a la Constitución, sino que su configuración es previa y superior al propio Estado Español¹⁶⁵.

Que estos valores hayan de regir el ordenamiento jurídico significa que, el poder legislativo, en su función de estructurar el sistema de leyes, debe, teniéndolos en cuenta, redactarlas conforme a ellos. Sin embargo, como bien sabemos, la existencia de una ley injusta no justifica la no aplicación por un Juez o Tribunal, los cuales se encuentran vinculados y obligados a aplicar la ley en todo caso, sin que sus propias convicciones o moralidades les dispensen de hacerlo. En caso de entender que una norma es contraria a estos valores, se configuraría la cuestión de inconstitucionalidad, de forma que el TC determine si se ajusta o no al texto constitucional¹⁶⁶. Así se reafirma la letra de la constitución en su art. 9.1 al establecer que todos los ciudadanos y poderes públicos se encuentran sometidos a lo estimado en él, de tal modo que la aplicación que se realiza de los mencionados valores superiores tiene un *valor normativo, inmediato y directo*¹⁶⁷,

Pero ¿qué es lo que entendemos por el concepto abstracto de «*justicia*»? autores como PECES BARBA dicen de la justicia que, del baladío de encontrar un concepto general de justicia y la recurrente confusión de este valor con el de igualdad, han llevado a considerarla, no como un valor superior dentro de nuestro ordenamiento, sino como un escudo de los tribunales y del legislador para nutrir de cierta moralidad las resoluciones judiciales¹⁶⁸.

¹⁶³ Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Madrid, Editorial Dykinson, 1992

¹⁶⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de Derecho Constitucional* Vol. I (8ª ed.), Editorial Tecnos (Grupo ANAYA, S.A.), Madrid, 2013, pg.112

¹⁶⁵ JORGE DE ESTEBAN Y P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional español*. Vol. I, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pg. 130

¹⁶⁶ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, *Manual de Derecho Constitucional* Vol. I (8ª ed.), Editorial Tecnos (Grupo ANAYA, S.A.), Madrid, 2013, pg. 113

¹⁶⁷ Opinión sustentada, entre otros, por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988, pg 50», y PECES BARBA, G., «*Los valores superiores*», Madrid, 1986, pg. 142

¹⁶⁸ Vid. BOLDÓ RODA CARMEN, «*Levantamiento...*», *op. cit.*, 228-229

La máxima de la justicia «dar a cada uno lo suyo» muestra de igual modo que hemos indicado, una referencia hacia el resto de los valores del ordenamiento jurídico y se vincula con el entorno propio de la persona y de lo que cada uno merece¹⁶⁹. Es por lo que la justicia es representada con una venda en los ojos y sujetando una balanza, pues la misma busca equilibrio. El fin de la justicia es tratar de equilibrar la sociedad, distribuyendo los derechos y deberes entre los ciudadanos y ciudadanas, donde todas las personas puedan tener las debidas condiciones sociales, con independencia del sector social al que pertenezcan¹⁷⁰.

Para J. RAWLS, la justicia es el valor por excelencia, todos los demás son complementarios que emanan del propio sentido de este. No puede haber una norma injusta, pues de ser injusta no sería norma, sino violación del pacto social establecido con el Estado. Por tanto, un ciudadano no se vería obligado a cumplir dicha ley por ir en contra de ese supremo valor que rige toda vida en sociedad¹⁷¹.

B) La Seguridad Jurídica como principio estructurador del ordenamiento jurídico:

En el artículo 9.3 de la CE encontramos la enumeración de los principios informadores y estructuradores del ordenamiento jurídico. Estos principios, al igual que los valores arriba señalados, no son una mera enumeración aleatoria ni desordenada, sino que cumplen con una gran cantidad de conexiones. Todos ellos están correlacionados para dar sentido al ordenamiento jurídico, tal y como señaló el TC en su sentencia de 27/1981, de 20 de julio, al determinar que «no son compartimentos estancos»¹⁷².

Por otro lado, el TC nos ofrece la interpretación de lo que debemos entender por seguridad jurídica, que no es otra cosa que la confianza de los ciudadanos de que

¹⁶⁹ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Obras completas. Tomo VII, La constitución y su entorno*, Espasa-Calpe, Madrid 1988, pág. 32

¹⁷⁰ RAWLS, JOHN *Teoría de la Justicia*, FCE- Fondo de Cultura Económica, México D.F. 2012, pág. 15

¹⁷¹ *Vid.*, RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, FCE- Fondo de Cultura Económica, México D.F 2012, pg.12

¹⁷² STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10º recoge: «Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución – legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad – no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el estado social y democrático de Derecho».

sus actuaciones serán regidas por el sistema de leyes vigentes y válidas, las cuales son susceptibles de ser conocidas por ellos si lo desean¹⁷³.

De lo anterior se desprende el deber de observancia de la seguridad jurídica desde diferentes planos: en primer lugar, tal y como recoge la STC antedicha, la posibilidad de conocimiento de la norma que va a tratar unos determinados hechos antes de que sean realizados. En segundo lugar, que la interpretación que, de la norma, aplicable y conocida, haga la persona sea la misma que tiene la sociedad en general. Y, finalmente, la confianza en que dichas normas serán aplicables y, en consecuencia, efectivas¹⁷⁴. De forma que, en atención a lo expresado en la STC 27/1981, la seguridad jurídica hay que entenderla como un compendio, una suma que permite que el resto de los principios sean posibles dentro del ordenamiento jurídico¹⁷⁵. De esta resolución se extrae, como también señala BOLDÓ, que no es posible reivindicar la seguridad jurídica sin la consecución de dos grandes principios como lo son, el principio de publicidad de las normas en relación con la jerarquía normativa y la responsabilidad de los poderes públicos y la interdicción de arbitrariedad de estos, pues de no tener oportunidad de conocer estas normas, es del todo imposible ofrecer seguridad jurídica. Y, el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, en cuanto que «la seguridad jurídica quedaría gravemente constreñida de admitirse con carácter general la retroactividad *in peius* de las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derecho¹⁷⁶».

Esta colisión entre los valores de justicia y seguridad conlleva en diversos casos a que el juzgador deba dar primacía a uno de los dos. Por ende, podemos concluir, como más adelante ahondaremos, que la doctrina del levantamiento del velo genera

¹⁷³ STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4º recoge: «a) Aunque no proceda ahora detenerse a analizar la viabilidad constitucional de la amnistía en las relaciones privadas, es claro que una institución de este género afecta a la seguridad jurídica, principio consagrado en el art. 9.3 de la C.E. ello sucede porque la amnistía que se concede altera situaciones que han sido consagradas por Sentencias judiciales firmes, provistas del valor de cosa juzgada (art. 118 de la C.E.), y esta alteración de las reglas de sucesión de los ordenamientos puede afectar evidentemente al principio citado, entendido como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes – como lo eran aquéllas que en su día autorizaron los despidos.»

¹⁷⁴ BELAGUER CALLEJÓN, F, *Manual de Derecho Constitucional. Vol. I, 8ª ed.*, editorial Tecnos (Grupo ANAYA S.A.), Madrid 2013, pg. 92

¹⁷⁵ STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10º recoge: «En especial, lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad».

¹⁷⁶ BOLDÓ RODA CARMEN, «Levantamiento...», op. cit., pg. 236

cierta inseguridad entre los operadores del tráfico jurídico. Esto crea una división en la doctrina en dos corrientes: aquellos que entienden que existe una necesidad imperiosa de defender la justicia ante cualquier otro principio, como hace DE ÁNGEL; o quienes entienden el peligro que resultaría desatender el principio de seguridad jurídica, como defiende PANTALEÓN¹⁷⁷.

Pero ¿qué respuesta podemos dar cuando colisionan la seguridad jurídica y el valor superior del ordenamiento jurídico, justicia?

Atendiendo al considerando cuarto de la sentencia de 28 de mayo de 1984, «...*en el conflicto entre seguridad y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3 CE) ...*» se decidió «*prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 Cc)*» aplicar el levantamiento del velo, para penetrar en el sustratum de las entidades o sociedades. Por lo que, dando respuesta a nuestra pregunta, en caso de colisión, parece ser que en circunstancias excepcionales el TS es partidario de dar preferencia al valor justicia sobre el de seguridad jurídica. En este sentido, la consagración constitucional del principio de seguridad jurídica no ha de considerarse absoluta, sino que debe ser compaginada con los demás límites que se encuentre en otros principios constitucionales, como los arriba mencionados, en este caso concreto, dicho límite está en el valor justicia.

En relación con las anteriores posturas, y ante una posible vulneración del principio de seguridad jurídica, cabe preguntarse si ¿el juzgador puede dictaminar por vía de la equidad – como se pone de manifiesto en la sentencia de 28 de mayo del 84 – una resolución que se enfrente con normas legales como las que establecen la limitación de la responsabilidad de los socios (art. 1 LSA y art. LSRL) o en general la independencia de la sociedad respecto de los socios (art. 35 CC.)?

En lo sucesivo, trataremos de dar una respuesta al valor de la equidad en la jurisprudencia como fuente de derecho y la preservación o no del *status quo* jurídico.

7. FUNDAMENTACIÓN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

En la citada sentencia de nuestro Tribunal supremo, de 28 de mayo de 1984, en el también mencionado considerando cuarto, se fundamenta la aplicación de la doctrina que nos traemos entre manos, en primer lugar: en la equidad, seguidas por el principio de buena fe, el fraude de ley, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial, cuestiones estas que serán objeto de análisis a continuación, en tanto en cuanto suponen los presupuestos para fundamentar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario, en cada caso concreto.

¹⁷⁷ BOLDÓ RODA CARMEN, «*Levantamiento...*», op. cit., pg. 237

Entre las posturas a favor de la doctrina y su planteamiento surge la pregunta ¿en base a qué criterios asentamos dicha doctrina y en qué casos se debe emplear?¹⁷⁸ Autores tales como DE CASTRO, DE ÁNGEL O BOLDÓ, entre otros, defienden esta técnica judicial que permite acceder al «*sustratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia*», de manera que, «según los casos y circunstancias» se intenta poner límites a los supuestos de fraude y abusos que los socios y administradores de una sociedad o persona jurídica pueden cometer, amparándose en la especial forma de éstas¹⁷⁹.

Estos juristas tienen una concepción realista de la persona jurídica, esto es, la sitúan dentro del tráfico jurídico como cualquier otro individuo, ya sea persona natural o no, dado que al demandar de esta doctrina se entiende que ese velo existe, y procede de la concesión de igualdad con los sujetos físicos¹⁸⁰. Al necesitar de la figura del desenmascaramiento o levantamiento del velo se fundamentan en dos teorías: la primera, la que sostiene que dicho levantamiento deriva del abuso del derecho cometido por la sociedad con pleno conocimiento de los socios y/o administradores. SERICK abogaba que esta postura tendría lugar cuando se hiciera uso de la persona jurídica con una finalidad que colisionara con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como la teoría subjetiva del abuso que más adelante especificaremos. Por el contrario, se oponen los seguidores de la teoría del abuso institucional, quienes defienden que dicho abuso se produce cuando los fines fueran contrarios a los principios propios del ordenamiento jurídico¹⁸¹.

Veamos pues, en el orden del considerando cuarto de la referida sentencia, los fundamentos en los que se basa la aplicación de la doctrina con los matices que diversos juristas han ido matizando.

7.1 La Equidad. Concepto y funciones

En primer lugar, nos encontramos con la mención «por aplicar por vía de equidad», motivo este de gran discusión en la doctrina por confrontar la seguridad jurídica a valoraciones del juzgador.

¹⁷⁸ MARIA LUISA ARRIBA FERNÁNDEZ, *La Teoría del levantamiento del velo en la doctrina. Estudios y Comentarios Legislativos*, Ed. Civitas, Madrid, 2009. *Derecho de Grupos de Sociedades*, pg. 1

¹⁷⁹ ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO DE, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia* (7ª ed. (rev. y puesta al día), Ed. Thomson – Civitas, Madrid 2017, pg. 88

¹⁸⁰ Vid. MARIA LUISA ARRIBA FERNÁNDEZ, *La Teoría del levantamiento del velo en la doctrina. Estudios y Comentarios Legislativos*, Ed. Civitas, Madrid, 2009. *Derecho de Grupos de Sociedades*, págs.. 9 y 10

¹⁸¹ Vid. MARIA LUISA ARRIBA FERNÁNDEZ, *La Teoría del levantamiento del velo en la doctrina. Estudios y Comentarios Legislativos*, Ed. Civitas, Madrid, 2009. *Derecho de Grupos de Sociedades*, págs.. 1 y 2

La equidad, introducida en nuestro Código Civil por Decreto de 31 de mayo de 1974, en el artículo 3.2º establece: «*la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita*».

Esta redacción ha sido criticada por ser un concepto «vago» e «impreciso», carente de precisión por la doctrina. Así, TORRALBA SORIANO¹⁸² llegó a calificarlo como evanescente y en un mismo sentido, PASTOR RIDRUEJO¹⁸³ puso de relieve la «vaguedad de sus límites» y citando a GENY, para quien la noción es incierta y equivocada, difícil de distinguir de la idea de justicia. Se ha destacado que «la palabra equidad expresa una oposición al Derecho existente en nombre de un Derecho superior, como reflejo de una lucha entre los intereses humanos ya consolidados y otros nuevos intereses que surgen como resultado de una transformación económica y que pugnan por ser reconocidos¹⁸⁴».

De la ambigüedad del término equidad HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR ofrece hasta cuatro sentidos diferentes de este concepto¹⁸⁵ :

- a) Equidad como justicia natural o Derecho natural frente al Derecho legislado;
- b) Equidad como manifestación de igualdad o justicia fundada en la igualdad (igualdad de 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) y, Equidad como manera de resolver litigios al margen de las normas jurídicas, aplicando en su lugar criterios de razón, moralidad, etcétera.

Así pues, si bien las dos primeras interpretaciones tienen prominencia en el ámbito filosófico-político y jurídico, los siguientes sentidos tienen relieve para la interpretación y aplicación del Derecho¹⁸⁶. Esta última será la perspectiva con la que el Título Preliminar contempla la equidad y, por ende, se hará referencia a este doble

¹⁸² TORRALBA SORIANO, V., *Comentarios a las reformas del código Civil*, vol. Iº, Madrid s.f., pg. 165; trabajo ampliado en *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, tomo I, vol. I, Madrid 1992, pg. 532

¹⁸³ PASTOR RIDRUEJO, L., *El Título Preliminar del Código Civil*, vol. I, Parte General, Madrid, 1977, pg. 187 y 188

¹⁸⁴ Vid. PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, s.f., pg. 151

¹⁸⁵ Vid. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *Comentario al Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pg. 26

¹⁸⁶ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, «*Levantamiento...*», *op. cit.*, pg. 240

sentido, lo que TORRALBA SORIANO califica de «*equidad domesticada, conservadora*»¹⁸⁷.

Desde el punto de vista del Derecho estricto las funciones que tradicionalmente se han encomendado a la equidad han sido tres: *ius edivandi*, *ius corrigendi* e *ius suplendi*¹⁸⁸. Esto es, equidad como elemento constitutivo del Derecho positivo, de interpretación de la ley y corrección de su excesiva generalidad y como elemento de integración de la norma¹⁸⁹.

La equidad, en nuestro Código Civil se contempla en el artículo 3.2, en el que el legislador optó, en consonancia con nuestro sistema jurídico, por referirse sólo a la equidad interpretativa y al juicio de equidad¹⁹⁰. Significa esto que las funciones tradicionalmente encomendadas a la equidad que habíamos señalado, en nuestra norma se reducen a las dos siguientes:

- a. *Ponderación en la aplicación de las normas*, regulada en el primer inciso del artículo 3.2º «*la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas ...*» y
- b. *Fundamento de las resoluciones de los tribunales cuando la ley expresamente lo permita*, manifestada en el segundo inciso de dicho artículo: «*... si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita*».

De nuevo nos encontramos con que, la modificación del Título preliminar del Código Civil es anterior a la promulgación de la Constitución española de 1978, esta no se pronuncia sobre la equidad de manera directa, como medio de interpretación y de superación de la rigidez de las normas, por tanto, cabe interpretar acertadamente que la Constitución no ha limitado ni ampliado el juego de la equidad establecido en el art. 3.2º del Código Civil¹⁹¹.

- a. *La equidad como medio interpretativo y de ponderación en la aplicación de las normas.*

De la función interpretativa de la equidad se plantean dos cuestiones: en primer lugar, la determinación de las *relaciones entre la equidad y los criterios de*

¹⁸⁷ Vid. TORRALBA SORIANO, V., *op. cit.*, pg. 166

¹⁸⁸ Vid. DE LOS MOZOS, J. L., *La equidad en el Derecho civil español*, RGLJ, 1972, págs. 7 y ss. y 32

¹⁸⁹ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, «*Levantamiento...*», *op. cit.*, pg. 241

¹⁹⁰ Vid. Exposición de motivos de la Ley de Bases para la modificación del título Preliminar [ley 3/1973, de 17 de marzo]

¹⁹¹ Vid. TORRALBA SORIANO, V. *Comentarios al Código Civil ... op. cit.*, pg. 571

interpretación que se regula en el apartado 1º del artículo 3 CC. y; en segundo lugar, *el alcance de la equidad interpretativa*¹⁹².

Autores como TORRALBA SORIANO destacan que los criterios de interpretación tratan de determinar el sentido de la norma, mientras que la equidad perfila la problemática del caso, actuando de forma conexa, pero en planos distintos¹⁹³. A tener en cuenta, DE CASTRO afirmaba que *«el supuesto de aplicación de la equidad es la inadecuación (carencia de equidad) entre un caso concreto y la regla que parece regularlo: la inadecuación no resulta ni de la regla, ni del caso, sino del hecho de que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de justicia: es éste el que determina la falta de equidad e impone que el caso se regule, no por la regla, sino por el principio de Justicia*¹⁹⁴».

Desde un punto de vista funcional de la equidad, ésta servirá cuando los criterios de interpretación del art. 3.1º CC. – independientes del apartado 2º – no proporcionen una solución clara al intérprete, o cuando habiendo varias soluciones posibles decidir cuál de ellas será la más aceptable, decantándose por la solución más adecuada a las circunstancias del caso concreto¹⁹⁵.

Analizando la postura jurisprudencial de la equidad, como criterio general de carácter moral en la aplicación del Derecho¹⁹⁶, el Tribunal supremo se ha mostrado restrictivo en su aplicación, así, del análisis de la jurisprudencia podemos extraer la idea de que si la adecuación de la norma al caso concreto es clara se debe rechazar, no sólo la interpretación equitativa, sino también la función moderadora o interpretativa de la equidad, en aras de preservar el significado del precepto normativo que fundamenta la resolución, que de otro modo atentaría la seguridad jurídica¹⁹⁷. Ejemplos destacados de esta jurisprudencia son, entre otras, las sentencias STS de 10 de diciembre de 1979 [RJ 1979, 4122]; STS de 14 de febrero de 1980 [RJ 1980, 516]; STS de 3 de febrero de 1986 [RJ 1986, 410]; STS de 3 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8134].

De lo expuesto, vemos dos corrientes doctrinales confrontadas entre, aquellos que critican la técnica del levantamiento del velo y abogan por reformar el concepto «persona jurídica», en lo relativo a las funciones del uso de su normativa y en la

¹⁹² Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, pg. 243

¹⁹³ Vid. TORRALBA SORIANO, V. *Comentarios al Código Civil ... op. cit.*, pg. 191

¹⁹⁴ DE CASTRO, F., *Derecho civil de España, op. cit.*, págs. 471-472

¹⁹⁵ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, pg. 244

¹⁹⁶ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *Comentario al Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pg. 27

¹⁹⁷ Vid. TORRALBA SORIANO, V. *Comentarios al Código Civil ... op. cit.*, pg. 576

interpretación de dichas normas que nos permita conocer su *ratio*, frente a los que defienden la doctrina del levantamiento del velo. Las ideas de esta primera doctrina basan principalmente sus críticas en la utilización de los criterios de equidad por los tribunales, por lo que parece poder afirmar que para estos autores la aplicación de la equidad solo podría reforzar las conclusiones extraídas por otros criterios interpretativos, en esencia mediante la interpretación teleológica de las normas¹⁹⁸, que coincide con el ánimo de reformular el concepto de la personalidad jurídica. Sin embargo, de la doctrina adoptada por el Tribunal Supremo, respecto a la técnica del levantamiento del velo, se orienta hacia la no admisión de dichas teorías.

b. La equidad como fundamento de las resoluciones de los tribunales.

En el art. 3.2º CC., el legislador ha querido dejar constancia de que en determinados preceptos del ordenamiento – «*cuando la Ley expresamente lo permita*» – se autoriza a los tribunales para resolver conforme a equidad según su saber y entender, liberándolos de la sujeción a normas concretas¹⁹⁹, lo que también es conocido como «juicio de equidad».

La llamada a la equidad se manifiesta en nuestro ordenamiento jurídico, confiando así a la discrecionalidad del juzgador la decisión concreta, mediante remisiones a lo largo del texto normativo con expresiones genéricas o indeterminadas como, por ejemplo: «interés de la familia» art. 70 CC; «prudente arbitrio» art. 181 CC; «lo que corresponda» art. 398 CC.; «el juez [...] resolverá en equidad [...] lo que proceda [...]» art. 16.2º Ley de Propiedad Horizontal; etc.

Sin entrar en valoraciones de la graduación de la equidad²⁰⁰ o no, lo que podemos afirmar es que la sentencia del TS de 28 de mayo de 1984, en su considerando cuarto al hacer referencia a la equidad como fundamento necesario para levantar el velo societario, no puede estimarse hecha a la función que de la misma acabamos de hacer, puesto que nuestro ordenamiento jurídico, en el que rige el derecho escrito, carece de precepto alguno que autorice o permita, indirectamente siquiera, al juzgador para desconocer la personalidad jurídica de una sociedad basando su

¹⁹⁸ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, pg 246

¹⁹⁹ CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, pg 246

²⁰⁰ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR menciona la posibilidad de que «sea mayor o menor la amplitud con que la equidad entra en juego». (*Comentario al Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pg. 28). Distinto opina DE LA VEGA BENAYAS quien distingue diversos tipos de equidad, como la «equidad autorizada» y «equidad como fuente», (*Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil*, Madrid, 1976, págs. 151 a 152); o TORRALBA SORIANO, V., que habla separadamente de «equidad y la apreciación de los conceptos indeterminados y normativos» y de «la equidad como fuente» (*Comentarios al Código Civil ... op. cit.*, págs. 174 a 175).

decisión en la equidad²⁰¹, lo que puede llevar a entender que el TS al hablar de equidad en realidad se refiriese a justicia.

La justificación que pueda darse al elemento de equidad como elemento fundamental para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, puede fundarse en la búsqueda de la justicia a través del criterio de equidad para salvar una inadecuación existente entre un caso concreto y la regla que parece regularlo, cuando por aplicación de la norma legal establecida pudiera tener un resultado injusto, lo que podría hacer peligrar el principio de legalidad si no se aplicara la equidad con cautela y siempre con fundamentación que justificara la necesidad de trascender la ley sin negarla²⁰². De esta suerte, el Tribunal Supremo ha construido doctrinas jurisprudenciales²⁰³ mediante la equidad para ir más allá de la norma legal salvando la inadecuación en aras de la consecución de la justicia²⁰⁴.

Una de estas líneas jurisprudenciales del supremo ha sido la doctrina del levantamiento del velo, sin necesidad de que el texto legal reconociera la aplicación del criterio de la equidad con el fin de evitar ciertos excesos como por ejemplo con la aplicación estricta de la norma legal, 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, podría conducir a resultados injustos.

Sin embargo, cabe plantearse la interrogante sobre la pertinencia de las referencias que hace el Tribunal Supremo en el citado considerando a otras instituciones, como el ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC.), no amparando esta personalidad los actos ejecutados en fraude de ley (art. 6.4 CC.) ni el propio abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC.) en daño ajeno o de los «derechos de los demás» (art. 10. CE), en el contexto del levantamiento del velo de la persona jurídica, habida cuenta de que se está extendiendo el criterio de la equidad en la creación de una nueva doctrina haciendo referencia a otras que ya han sido positivizadas.

²⁰¹ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, págs. 247 a 248

²⁰² OLLERO, A., «Equidad, Derecho, Ley», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez de la Universidad de Granada* 1973, núm. 13, fasc. 2, pg. 174

²⁰³ Ejemplo de ello son las doctrinas del *daño moral* STS de 6 de diciembre de 1912; *accesión de invertida* STS de 31 de mayo de 1949; o *abuso del derecho* – antes de que fuese recogida en el derecho positivo por el artículo 7.2 CC. – STS de 14 de febrero de 1944 (RJ 1944, 2939)

²⁰⁴ Vid. CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, págs. 248 y ss. Vid. TORRALBA SORIANO, V. *Comentarios al Código Civil ... op. cit.*, pg 187

A modo de resumen, y compartiendo opinión con el Prof. F. SÁNCHEZ CALERO²⁰⁵, entre otros, si nos encontramos ante tres «principios legalizados» que permita a los tribunales penetrar en el interior de la persona jurídica «levantando el velo», no tendría que haber necesidad de recurrir al juego de la equidad en un supuesto de «adecuación», pues bastaría con la aplicación de la norma concreta, incluso, atendiendo al caso concreto podría resolverse sin la necesidad de la concurrencia simultánea de los tres principios, cuyos supuestos de hecho y consecuencias jurídicas son distintas. Por contra, si estuviésemos ante un supuesto de «inadecuación» se aplicaría la equidad, entendiéndose que no hay norma aplicable en sentido estricto.

Para hallar una respuesta clara, este trabajo exige seguir analizando las instituciones y su respectiva aplicación a la que la doctrina señala como elementos fundamentales para la aplicación del levantamiento del velo.

7. 2. El fraude de Ley y el abuso del derecho

Antes de entrar en la materia del fraude, mencionaré que el estudio del abuso del derecho será objeto de estudio junto con el fraude y en el posterior apartado también, esta vez junto con la exigencia de la buena fe.

Respecto al fraude de ley y el abuso del derecho, por la conexión que ambas calificaciones pueden recaer sobre un mismo caso, más aún, cuando en los supuestos en los que se aplica la doctrina del levantamiento del velo ambas figuras íntimamente conexas son citadas conjuntamente por el Tribunal Supremo en sus fallos en esta materia. Por ello serán de estudio en su aplicación como elementos de fundamentación del levantamiento del velo, haciendo hincapié en la delimitación y distinción entre ambas²⁰⁶.

Sintetizando brevemente las diferencias y la concurrencia entre las figuras del *abuso del derecho* y el *fraude de ley*, podríamos confirmar, como más adelante ahondaremos, que, en la primera se ejercita un *derecho subjetivo* (situación de poder concreto) en forma antisocial desviándose de su finalidad y con daño para un tercero (art. 7.2 CC.), mientras que en la segunda figura, se infringe el *Derecho objetivo*, esto es, la norma aplicable, buscando su inobservancia mediante el amparo en otra norma distinta. El acto en fraude de ley puede llegar a ser considerado como un *abuso del Derecho objetivo*, y ambas actuaciones reflejan

²⁰⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 17ª ed., Madrid 1994

²⁰⁶ Sobre las conexiones y distinción de ambas figuras cfr. DíEZ-PICAZO, L., «El abuso del derecho y el fraude de ley, en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación Jurídica*, núm. 4, 1974, *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, vol. I, Madrid 1973

infracciones indirectas de la norma jurídica, vulnerando límites implícitos de la autonomía privada²⁰⁷.

La figura recogida en el artículo 6.4 del Código Civil, viene a determinar que constituyen fraude de ley aquel acto o conjunto de actos, amparadas por una norma, cuyo objetivo se encuentre prohibido por el ordenamiento jurídico²⁰⁸. Aunque el fraude de ley pueda realizarse a través de un solo acto, lo normal es que se realice a través de un conjunto sucesivo de actos concatenados²⁰⁹. No debemos confundir²¹⁰ este precepto legal con el negocio jurídico o actuación *contra legem*, sino que se realiza *in fraude legis*, por lo cual, pese a que en ambas figuras – autónomas desde el Decreto de 31 de mayo de 1974, que reformó el Título Preliminar del CC. – se dé la violación de la norma, en el fraude de ley se realiza de manera indirecta, buscando un amparo legal, pues la finalidad consiste en eludir la norma que es violada, haciéndose valer para ello de alguna artimaña o figura legal, actuando conforme a la ley pero buscando un fin que lo contradiga²¹¹.

En suma, para la existencia del supuesto del fraude de ley debe darse la concurrencia entre dos normas: la norma de cobertura y la norma que se pretenda defraudar. La primera sirve como instrumento para soslayar la prohibición directa de una norma que prohíbe un resultado; no siendo suficiente el mero hecho de que una norma contradiga la letra de otra, pues en tal caso nos encontraríamos ante un conflicto de normas. Por tanto, para saber si nos encontramos o no ante un caso de fraude de ley, debemos derivarnos a la finalidad que busca esa norma o al objetivo al que va dirigido.

En cuanto a la norma defraudada, esta puede ser cualquier norma de la que se intente eludir su aplicación. Dentro de la doctrina no existe consenso en cuanto a la denominación de estas normas, pues se confrontan las ideas de quienes opinan que una norma defraudada sólo puede ser una norma imperativa, como por ejemplo AMORÓS GUARDIOLA y GITRAMA; mientras que otro sector doctrinal defiende que

²⁰⁷ CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, pgs 253-254

²⁰⁸ MARÍA BUEYO DÍEZ JALÓN, Responsabilidad de los Administradores; Levantamiento del Velo, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pg. 191

²⁰⁹ GITRAMA GONZÁLEZ, M., La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude de ley y del abuso del derecho, Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, Valencia, 1975, págs. 132

²¹⁰ Para diferencias entre actuación «*contra legem*» e «*in fraude legis*» Vid. AMOROS GUARDIOLA, M., Comentarios a las reformas del Código Civil, Vol. I, Madrid s.f., pgs. 338 y ss.

²¹¹ MORALES HERVIAS, R., «Contratos simulados y contratos en fraude de ley. A propósito de la causa del contrato». *Revista Ámbito Jurídico*, parte civil, pg. 74

también pueden ser consideradas como tal las normas dispositivas²¹², como por ejemplo CAFFARENA LAPORTA²¹³.

Esta unión de normas se presenta en la jurisprudencia, reiterando la exigencia de que la actuación del sujeto se encuentre amparada por una ley, y que con dicho comportamiento busque obtener un resultado que vaya en contra de otro precepto propio del ordenamiento; entre otras, STS de 19 de mayo de 1997²¹⁴, y STS de 7 de junio de 1995.

Acotando el fraude de ley a nuestro ámbito de estudio, la doctrina del levantamiento del velo, podemos identificar que dentro de la variedad de sentencias del Tribunal Supremo referentes a la materia ponen de manifiesto que pueden ser multitud de normas jurídicas, así, aquellas que regulan la prescripción, el traspaso inconsentido, derechos de retracto, etc.

No obstante, podemos resaltar dos preceptos que suelen ser los más utilizados cuando se trata del fraude de ley donde intervienen las personas jurídicas: el ya mencionado artículo 35 del Código civil como norma de cobertura y, el art. 1911 del mismo cuerpo legal, como norma defraudada. Con la letra de la ley del primer artículo se intenta burlar la aplicación del segundo. Y es que, en esta conjunción normativa podemos encontrar una base sobre la que construir la doctrina del levantamiento del velo, pues se trata de la constitución de una persona jurídica, con el fin de evitar las responsabilidades derivadas de la actuación de esta, amparándose en la separación de patrimonios [SAP Burgos, de 22 de abril de 1998].

Este supuesto de fraude que se presume no sólo se da en la constitución de la persona jurídica, sino que el mismo se puede observar en cualquier momento a raíz de su conducta en el tráfico jurídico²¹⁵.

²¹² CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, pg. 260

²¹³ Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., *Comentarios al código Civil y a las Compilaciones forales*, tomo I, vol. I, Madrid 1992, pg. 852 – lo ejemplifica con la STS de 28 de febrero de 1974, en la que la jurisprudencia ha llegado a aplicar la doctrina del fraude de ley en relación a preceptos de autonomía privada.

²¹⁴ STS de 19 de mayo de 1997 «El fraude de ley, proscribido en el art. 6.4 del Código civil ha sido definido doctrinalmente como la realización de uno o varios actos productores de un resultado contrario a una ley, que aparece amparado por otra ley dictada con una finalidad diferente; por lo que los requisitos son, en primer lugar, el acto realizado al amparo de una norma, la llamada “ley de cobertura” y, en segundo lugar, que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a la “ley defraudada”. No puede confundirse con fraude de acreedores, objeto de acción rescisoria».

²¹⁵ Vid. BUEYO DÍEZ JALÓN, M., «Responsabilidad de los Administradores...», *op cit.*, pg. 192

En cuanto a la prueba del fraude, nos encontramos ante dos posturas, aquellos que defienden la imputación del fraude de ley solo si hay un ánimo o voluntad defraudatorio de burlar la norma para alcanzar un fin prohibido; por contra los seguidores de la teoría objetiva consideran que, no es necesario este elemento intencional, siendo suficiente las consecuencias de causa-efecto que se derivan. Los tribunales han dado solución a este debate, proclives a la aplicación de la teoría que parte del elemento objetivo así, la STS de 16 de abril de 2014 reza «... *aunque el fraude es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma (...), de todas formas es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley...*».

En relación a lo que decíamos al inicio de este epígrafe, cabe plantearse si además de la calificación del fraude y sus consecuencias, pueden concurrir en el acto fraudulento otros supuestos de calificación jurídica acumulativa, que comporte otra sanción prevista. Hablamos de las categorías del abuso del derecho y de la exigencia de la buena fe, que son mencionadas conjuntamente en la sentencia del 28 de mayo del 1984 por el TS, como elementos que fundamentan la doctrina del levantamiento del velo²¹⁶. ¿Se podría calificar un supuesto dado como de abuso de derecho y efectuado en fraude de ley cumulativamente?

¿Puede un mismo acto tener 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, nos encontramos ante figuras bien delimitadas?

Si se sostiene que la naturaleza jurídica es compleja (esto es, que a su vez constituye fraude y abuso) las consecuencias jurídicas y sanciones se acumularían.

En cualquier caso, tanto si el fraude de ley, el abuso del derecho y la buena fe se consideran como instituciones distintas, como si se contemplan como facetas de una misma institución, la finalidad perseguida siempre será la misma: «*impedir que el texto de la ley sea eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia*»²¹⁷. Esto es, «*que frente al contenido ético y al espíritu objetivo de la norma legal no prevalezcan las maniobras tendentes a lograr un resultado distinto al perseguido por ella*»²¹⁸.

Aunque más adelante ahondaremos en los supuestos de aplicación del levantamiento del velo, podemos ahora adelantar, respecto de la comisión de hechos en fraude de ley los actos de constitución de sociedades aparentes o

²¹⁶ CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, pg. 263

²¹⁷ CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, pgs. 264-265

²¹⁸ AMORÓS GUARDIOLA, M., *op. cit.*, pg. 352, citando la STS de 12 de mayo de 1972

ficticias, de un solo socio, para eludir la responsabilidad patrimonial universal del comerciante individual²¹⁹. En el mismo sentido, SERICK planteaba el uso de una norma con fines de burlarla con la utilización de la figura de la persona jurídica, ya existente o creada exclusivamente a dicha finalidad, cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras ella. Ante esta situación, el autor aboga por prescindir de la posición formal de la persona jurídica equiparando socio y sociedad evitando así la actuación fraudulenta. El mismo autor añadía que «la regla de que en los supuestos de fraude de ley por medio de una persona jurídica la personalidad de ésta puede quedar descartada, en el fondo no es otra cosa que un caso de aplicación del principio fundamental (...) según el cual el ordenamiento jurídico jamás debe proteger el abuso de una institución jurídica²²⁰ ».

Añade DÍEZ-PICAZO que, «la contrapartida de todo derecho es también un deber jurídico, podemos comprobar cómo una y otra de las formas de fraude aparecen ligadas por una característica común. En uno y otro caso se trata de eludir el cumplimiento de un deber jurídico, que, en ocasiones lleva como contrapartida un derecho de otra persona. Conforme a esta tesis no habrá más 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 del derecho de un tercero²²¹».

En consecuencia, los *efectos* que se derivan serán tan variados como como variadas son las consecuencias de aplicar las diversas normas defraudadas (normas de cobertura) en cada caso que se subsume bajo la denominación «levantamiento del velo», que no son otra cosa que fraudes de ley en un gran número. Siendo la norma soslayada más frecuente el principio de responsabilidad patrimonial universal, el efecto más típico que encontramos en la jurisprudencia ha sido y es la extensión de la responsabilidad a los socios. Otros efectos serán aquellos que dimanen, como hemos dicho, de la norma que se haya tratado de eludir como podrían ser: una obligación legal, una obligación contractual, o la obligación de reparación de daño causado que nace de la responsabilidad extracontractual²²².

²¹⁹ AMORÓS GUARDIOLA, M., *op. cit.*, pg. 337

²²⁰ SERICK, R., *Apariencia y Realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la personalidad jurídica*, Ariel, Barcelona 1958, trd. Esp. PUIG BRUTAU, prólogo de POLO, pg. 50

²²¹ DÍEZ-PICAZO, L., El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones. Documentación jurídica, núm. 4, 1974, pgs. 1329-1344

²²² CARMEN BOLDÓ RODA, «Levantamiento...», *op. cit.*, pg267

7.3 La buena fe

La STS de 28 de mayo de 1984²²³, no ha sido la única en apoyarse en los principios de la buena fe y el abuso del derecho, criterios que se enuncian conjuntamente con la equidad y el fraude. posteriormente en las sucesivas sentencias se ha seguido referenciando a los mismos principios para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

Autores como GETE-ALONSO CALERA, entre otros, distinguen dos planos²²⁴ del principio de la buena fe: un plano concreto y otro genérico. La idea escueta sería aquél que es considerado como un elemento más que integra el supuesto de hecho de una norma jurídica, esto es, en aquellos casos en los que la norma expresamente incluye en su redacción la frase «de buena fe» o, «mala fe», en su caso²²⁵. En un plano genérico, hablaríamos de la buena fe como principio general que rige el ordenamiento jurídico sin referencia expresa en la letra de la norma, como es el caso del art. 7.1 CC., o art. 1258 CC. en lo referente a la esfera patrimonial, donde la buena fe no es un elemento concreto del supuesto de hecho de la norma jurídica²²⁶.

Por la generalidad con la que el art. 71. CC enuncia este principio y a falta de una concreción por parte del TS y TC en sus pronunciamientos, conduce a que se cite el mismo sin entrar a determinar su concepto; lo cual ha hecho que en nuestro ordenamiento no tengamos un concepto exacto de lo que es la buena fe, quedando un poco en abstracto. Lo que sí parece ser más aceptado por la doctrina es que de este principio se dé una idea general, según la cual podríamos describirlo como un comportamiento leal²²⁷ cuya ignorancia conllevaría la consecuencia jurídica de inadmisibilidad de la conducta contraria a la buena fe, y su función se asigna como límite del ejercicio de los derechos subjetivos.

²²³ Considerando cuarto de la STS de 28 de mayo de 1984 «... se ha decidido [...] con acogimiento al principio de buena fe [...] para evitar el abuso de esa independencia ...»

²²⁴ Vid., GETE-ALONSO CALERA, M^a C., *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, Madrid, 1992, pg. 866

²²⁵ Así por ejemplo lo podemos encontrar en el art. 79 CC. (matrimonio putativo), arts. 451 CC. y ss. (la buena fe en la posesión), art. 1705.2º CC. (la renuncia a la sociedad de buena fe), art. 1940 CC. (la buena fe en la usucapión adquisitiva), etc.

²²⁶ Al respecto, Vid. DíEZ-PICAZO, L., Prólogo a la obra de WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, de FRANZ WIEACKER, 1955, traducida por JOSÉ LUIS CARRO, Madrid, 1977, editorial Civitas, pgs. 11 y ss.

²²⁷ GETE-ALONSO CALERA, M^a C., *op. cit.*, pg. 876. DíEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pgs. 11-12

En la enorme dificultad de encontrar un concepto unitario de del significado «de buena fe», desde su positivización²²⁸ se ha reconocido en la doctrina una doble polarización del concepto atendiendo al fundamento último de la misma: la acepción *subjetiva* y la *objetiva*.

En España, siguiendo al derecho alemán, la doctrina ha intentado distinguir estas dos acepciones; en el ámbito legal alemán, «*Guter Glaube*» (acepción subjetiva) se refiere a la creencia o convicción de estar actuando correctamente en un asunto legal, sin tener conciencia de estar cometiendo un acto ilícito, aunque objetivamente no se tenga el derecho. Es similar al término “*bona fides*” en latín. Por otro lado, «*Treu und Glauben*» (acepción objetiva) se relaciona con el principio de buena fe y se utiliza para describir una conducta que se espera sea honesta y leal en las relaciones jurídicas, como un comportamiento que corresponde a la confianza y lealtad mutua. En España se ha intentado trasladar esta misma distinción, tal y como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO en el prólogo de la obra de WIEACKER “*El principio general de la buena fe*”.

En dicha obra se trata la función normativa de la buena fe objetiva, basada en la adecuación de la voluntad entre las partes al principio inspirador y fundamental del vínculo negocial, donde la buena fe actuará a veces restringiendo el contenido y otros ampliándolo; pero siempre bajo el criterio de reciprocidad, comportamiento debido y esperado en el tráfico jurídico de cada caso en concreto²²⁹.

La *buena fe objetiva* cumple una función integradora de la voluntad negocial (arts. 1258CC. y 57 C. de c.) de una manera o de otra lo que se aplica es la buena fe en aquellos supuestos en que tiene lugar la salvación de la nulidad del intento práctico de las partes, bien porque se opere solamente una nulidad parcial, por aplicación de la máxima «*utile per inutile*» (lo útil no se vicia por lo inútil), o cuando, con los elementos no inutilizados del negocio nulo, tenga lugar el nacimiento de otro negocio distinto, siempre que las partes no hayan manifestado una voluntad contraria.

Respecto a la concepción *objetiva*, diríamos que es aquella actuación de «rectitud u honradez moral»²³⁰, lo que también es conocido como el actuar «con la diligencia debida». En cambio, la concepción subjetiva guarda relación con la ignorancia acerca de las prohibiciones o error en el entendimiento, que correlativamente

²²⁸ Respecto a la «positivización» del principio Vid. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, vol. I, Civitas Ediciones, Madrid, 1984, pg. 461

²²⁹ DÍEZ-PICAZO, L. Prólogo a la obra «*El principio general de la buen fé*» de FRANZ WIEACKER, 1955, traducida por JOSÉ LUIS CARRO, Madrid, 1977, editorial Civitas, pgs. 11 y ss

²³⁰ MONTÉS, V. L., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, Madrid, 1977, pg. 362

implica el impedimento en el individuo de actuar conforme a las exigencias del derecho²³¹.

El principio general de buena fe, siguiendo a KARL LARENZ, no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que se aplica siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto, en el Derecho de cosas, en el Derecho procesal y en el Derecho público²³².

Siendo la exigencia de la buena fe un concepto tan indeterminado o desconocido en nuestra doctrina, cabe preguntarse por qué el TS decidió en el considerando cuarto de la sentencia de 28 de mayo de 1984, incluir dicho principio como elemento esencial para la formulación y aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Podríamos encontrar respuesta en sus consecuencias.

A grandes rasgos, DÍEZ-PICAZO menciona las características principales de la buena fe²³³, sin llegar a hacer una enumeración exhaustiva, podemos resumir los principales matices en:

- a) La consideración de la buena fe como causa de exclusión de la culpabilidad de un acto formalmente lícito y, correlativamente como causa de exoneración o atenuación de sanción
- b) Es también fuente de creación de deberes de conducta acorde con la naturaleza de cada caso, estando siempre presente en el tráfico a través de las reglas de la conciencia social.
- c) Finalmente, la buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

¿Qué ocurre si no se actúa conforme a la exigencia de la buena fe? Adelantábamos, de forma genérica que la inobservancia de este principio era la inadmisibilidad de la conducta de la mala fe. Ahondando un poco más en esta cuestión, de su regulación genérica en el art. 7.1 CC no se referencia una sanción explícita. Sin embargo, en alguna normativa concreta, sí se establecen las consecuencias que acarrea la conducta ejercida con mala fe, como es el caso, por ejemplo, del art. 362 CC. Pero ¿cuál sería la consecuencia en aquellos casos en que la norma no contemple efectos aplicables de forma directa sobre el actuante de mala fe?

Para dar respuesta a ello debemos atender a dos criterios, los casos genéricos en los que la exigencia de la buena fe sea un principio que rige el ordenamiento jurídico,

²³¹ PÁJARO DE SILVESTRI, L., *El contenido del principio de la buena fe: análisis de la relación contractual del tercer adquirente en pública subasta judicial*. Universidad del Norte, Barranquilla, 2013, pg. 15

²³² WIEACKER, F., *El principio general de la buen fé*, editorial Civitas, Madrid, 1977, pg. 27

²³³ DÍEZ-PICAZO, L. Prólogo a la obra «*El principio general de la buen fé*» de FRANZ WIEACKER, 1955, traducida por JOSÉ LUIS CARRO, editorial Civitas, Madrid, 1977, pg. 19

y por otra los supuestos concretos en el que la buena fe sea un elemento constitutivo del supuesto de hecho, en cuyo caso las consecuencias jurídicas son variadas y acomodadas en cada situación concreta. Estas últimas no serán objeto de estudio en este trabajo al quedar contempladas en la norma y no surge dificultad en atención a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, a diferencia de los demás casos que son los que nos atañen.

Respecto de la consecuencia genérica, la interpretación más amplia de la misma se traduce en la «regla de la inadmisibilidad jurídica de dicha conducta que comporta una tacha de antijuridicidad de la misma»²³⁴.

De ello, la doctrina ha tomado conciencia de que el reconocimiento de la buena fe como límite del ejercicio abusivo de los derechos subjetivos conlleva a reconocer en el sujeto pasivo del derecho ejercitado en contra de los dictados de la buena fe, unos medios de defensa *per exceptionem* que le llevan a enervar, repeler o detener la pretensión del titular del derecho²³⁵, pues como bien apunta DíEZ-PICAZO, «*el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico*»²³⁶.

Tras haber visto el significado del concepto de la buena fe, nos queda una segunda cuestión, ¿en qué supuestos sería aplicable este principio?

Siguiendo la clasificación de DíEZ-PICAZO, los supuestos genéricos a los que es aplicable el principio de buena fe son los siguientes²³⁷:

- a) *Venire contra factum proprium*, la prohibición de ir contra los propios actos. Esta categoría hace referencia a los supuestos en los que el acto por el que se ejercita un derecho subjetivo es inadmisibile cuando contradice una actuación anterior de acuerdo con la buena fe²³⁸. Lo que se pretende con esta regla es impedir la realización de una conducta contrario o inconciliable con otra anterior.

²³⁴ BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento...», *op. cit.*, pg. 272

²³⁵ BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento...», *op. cit.*, pg.272

²³⁶ DíEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, pg. 141

²³⁷ DíEZ-PICAZO, L., Prólogo a la obra de WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, pgs.21-22, reproducida junto con GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho civil*, *op. cit.*, pg. 457

²³⁸ ORTIZ SÁNCHEZ, M., y PÉREZ PINO, V., *Diccionario jurídico básico*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pg. 75

- b) *El retraso desleal*. El derecho subjetivo realizado con una demora excesiva, sin razón aparente que lo justifique será de igual modo inadmisibile, si el titular no se ha preocupado de hacerlo valer. De los elementos que lo constituyen habla DÍEZ-PICAZO en el prólogo a la obra de WIECKER²³⁹.
- c) *El abuso de la nulidad por motivos formales*. Se trata de aquellos casos en los que se pretenda ejercitar una acción de nulidad de un negocio jurídico basándose en defectos formales cuando éstas han sido ignoradas conscientemente por quien pretende declarar nulo dicho negocio, claramente, contra el principio de buena fe.

Estos supuestos constituyen actuaciones contrarias a la buena fe, no obstante, para la justificación de la doctrina del levantamiento del velo societario, sólo se ha aplicado la prohibición de ir contra los actos propios, creando su propia doctrina por jurisprudencia (SSTS de 6 de febrero y 24 de septiembre de 1987, entre muchas otras).

De los actos ejercitados contrariando la buena fe arriba citados, el que puede justificar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica es *la doctrina de los actos propios*, al ser el único supuesto en el que tiene cabida nuestra materia de análisis a lo largo de este trabajo, el levantamiento del velo societario.

7.3.1. Doctrina de los actos propios y el levantamiento del velo

Son varias las manifestaciones subsumibles en esta categoría de los actos propios como justificación de la utilización de la técnica del levantamiento del velo.

a) *Estoppel by representation*

De este modo, podemos encontrarnos ante situaciones tales como impedimentos basados en manifestaciones previas, sería la institución llamada *estoppel by representation*; situación por la que una persona, natural o jurídica, crea una determinada apariencia que le será inoponible si posteriormente pretende desvirtuar la apariencia que creó, por ejemplo, dos sociedades con personalidad jurídica independiente se verán impedidas de afirmar dicha separación si por medio de sus actos se han mostrado en el tráfico jurídico como una sola sociedad. O cuando, por poner otro ejemplo, dos sociedades anónimas tienen administradores y empleados interrelacionados y éstos llevan a cabo la actividad económica de manera que ante

²³⁹ DÍEZ-PICAZO, L., Prólogo a la obra de WIECKER, F., *op. cit.*, pg. 22

terceros generen la impresión de ser una sola sociedad y empresa, las sociedades anónimas quedarán obligadas por la apariencia creada²⁴⁰.

b) *Venire contra factum proprium*

Para SERICK, se habla de una manifestación que establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad, cuando la otra parte podía confiar en una determinada situación de hecho o de derecho a base de la precedente conducta del titular del derecho y efectivamente se ha adaptado a ella²⁴¹. El propio autor señalaba que, en los casos de *fraude de contrato*, la persona jurídica, ya sea existente con anterioridad o creada con posterioridad a la celebración del negocio jurídico, es un medio para lograr un resultado que colisiona contra lo expresamente pactado o para burlar su contenido.

c) La doctrina de los actos propios formulada por la jurisprudencia y doctrina española

El presupuesto de aplicación de esta doctrina a la teoría del levantamiento del velo se articula, como apunta BOLDÓ, de modo que *«cuando una persona física y una persona jurídica mantienen una apariencia de unidad en la llevanza de un negocio o en el ejercicio de una actividad empresarial, esa conducta supone un acto propio de la persona física que se contradice con su conducta procesal posterior de alegar falta de acción por tratarse la persona jurídica de un sujeto de derecho distinto con un ámbito único de responsabilidad»*²⁴². Por tanto, la apariencia de unidad que ha creado la persona será inoponible por contravenir la buena fe que hace aplicable la doctrina de los actos propios.

Vemos que la concurrencia de los presupuestos de la aplicación de la doctrina de los actos propios subsumibles en el principio de la buena fe sirve de base que justifica la técnica del levantamiento del velo. Sin embargo, del mismo modo en que criticábamos en el epígrafe anterior, dentro de la categoría de fraude de ley, si el supuesto de hecho es manifestación de la doctrina de los actos propios, una actuación contraria a la exigencia de la buena fe no parece del todo coherente considerar el levantamiento del velo como técnica especializada, cuyos efectos son el desconocimiento de la propia persona jurídica tanto por una vía como la otra.

Finalmente, sólo nos queda referirnos a la manifestación *«tu quoque»* de la doctrina de la buena fe como fundamentación para levantar el velo societario. En la regla

²⁴⁰ BOLDÓ RODA, C., *op. cit.*, pg. 274 citando a DOBSON, J., M., *El abuso de la persona jurídica (en el Derecho privado)*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1991, págs.. 271-272. La teoría de los actos propios en la Doctrina anglosajona.

²⁴¹ SERICK, R., *op. cit.*, pg. 61. Análisis del Derecho alemán

²⁴² BOLDÓ RODA, C., *«Levantamiento...»*, *op. cit.*, pg. 275

emparentada con el aforismo «*nemo auditur sua turpitudinem allegans*»²⁴³, existe una contradicción, como sucede en la prohibición *venire contra factum proprium*, y significa la imposibilidad de invocar las reglas jurídicas por el mismo que las despreció. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1987 (RJ 1987, 685), en el que un socio nombra para la Junta de accionistas un representante que no reúne la condición exigida por los estatutos, y, posteriormente, el socio representado invoca la norma ignorada para demandar la nulidad de los acuerdos²⁴⁴. En aplicación de esta manifestación que engloba el principio de la buena fe es inoponible alegar «su propia torpeza»²⁴⁵. Otra situación sería aquél en el que el socio único o dominante desprecia la normativa de la persona jurídica confundiendo su patrimonio individual con el de la sociedad o, manteniéndola en situación de *infracapitalización*, contraviniendo de este modo la buena fe, sería del todo imposible invocar las reglas jurídicas despreciadas por él mismo frente terceros, más aún cuando se deriva un resultado lesivo para éstos²⁴⁶.

7. 4. El abuso del derecho

La doctrina del abuso del derecho contemporáneo se basa en la fractura con el principio romano «*qui iure suo utitur neminem laedit*»²⁴⁷, este aforismo defendía que toda actuación permitida por el derecho era lícita, aunque como consecuencia de su ejercicio se cause lesión a tercero.

Esta situación cambia con la publicación del nuevo Título Preliminar CC. y, actualmente, en los ordenamientos jurídicos modernos, se ha alcanzado la concepción de que no todo ejercicio por parte del titular de un derecho debe ser protegido y amparado sin reparar en las consecuencias. Se perfilan de esta manera en el art. 7.2 CC. dos formas de ejercer los derechos: normal y anormal, siendo este último aquellos casos en los que se «*sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho*»²⁴⁸.

²⁴³ Trad. «No se escucha a nadie que alega su propia torpeza»

²⁴⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pg. 55

²⁴⁵ BOLDÓ RODA, C., «*Levantamiento...*», *op. cit.*, pg. 277

²⁴⁶ BOLDÓ RODA, C., «*Levantamiento...*», *op. cit.*, pg. 277

²⁴⁷ «**quien ejercita su derecho, no perjudica a nadie, y como tal no puede verse obligado a responder o indemnizar a otro**»

²⁴⁸ BOLDÓ RODA, C., «*Levantamiento...*», *op. cit.*, pg. 279

A raíz de este ejercicio anormal surge el abuso del derecho, denominación dada a tales conductas que trata de corregirlas²⁴⁹. Estableciendo los límites del ejercicio de un derecho en el momento en que con su actuación choque, bien con un derecho, bien con un principio, propiedad de un sujeto individual o de la colectividad, causando un daño, patrimonial o moral, actual o futuro²⁵⁰.

Las posturas planteadas en la jurisprudencia para el entendimiento del abuso del derecho han ido variando conforme a la doctrina en el tiempo, así, se ha entendido el abuso desde un punto de vista *subjetivo* y otro *objetivo*²⁵¹.

La concepción *subjetiva* sostiene que los elementos determinantes para el ejercicio abusivo de los derechos es la intención de dañar sin ánimo de obtener un beneficio propio²⁵², una intención difícil de ser probada ante los tribunales en la mayoría de los casos.

Llegados a este punto, parece necesario traer a colación el correlativo entre la buena²⁵³ y mala fe, ésta es definida en muchas ocasiones como la ausencia de la buena fe, pues si antes criticábamos el indolente esfuerzo del legislador en dar una definición clara en la positivación del derecho e incluso plausible esfuerzo de los tribunales en otorgar significado a este concepto, aún es mayor cuando hablamos de la mala fe. En contraposición, cabe hacer una inversión de lo dicho para la buena fe, pudiendo concluir que es un elemento de validez del hecho o acto jurídico cuya apreciación produce de forma general la nulidad relativa, sino se contempla otra sanción o resultado distinto en el ordenamiento. Atendiendo a su naturaleza, podemos hacer referencia a un elemento ético de contenido negativo, bien por falta de la diligencia debida, como suele suceder en el ámbito del derecho real y registral, por ejemplo la diligencia que el ordenamiento impone al comprador de un inmueble de comprobar si el vendedor tiene justo título para realizar la transacción, o bien por la voluntad consciente de realizar una ilicitud en el obrar, cuando no una intención culpable de engañar²⁵⁴, esto es, abusar conscientemente del derecho.

²⁴⁹ MUÑOZ ARANGUREN, A., *Abuso del Derecho y Ponderación de Derecho*, Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho, nº41, 2016, pg. 36

²⁵⁰ GAVIRIA GUTIÉRREZ, E., *El abuso de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, nº49, 1980, pg. 29

²⁵¹ GETE-ALONSO CALERA, M^a C, *op. cit.*, pgs. 901-904

²⁵² BOLDÓ RODA, C., «*Levantamiento...*», *op. cit.*, pg. 279

²⁵³ *Vid.* apartado 7.3 de este trabajo

²⁵⁴ Diccionario panhispánico del español jurídico [Definición de mala fe - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE](#) visitado el 05/05/2024 a las 20.00h

De otro lado se presenta la postura *objetiva*, que entiende que lo que determina el ejercicio abusivo, en tanto tenga un interés económico-social, es el ejercicio contrario al interés general, estos serían aquellas actuaciones que se contradigan con un fin económico-social, pese a que dicha conducta no haya sido realizada con dolo, culpa o negligencia²⁵⁵. Nos encontramos con la positivación de la actuación de mala fe y su consecuencia, como por ejemplo en el art. 95 segundo párrafo del CC. en el matrimonio de régimen económico de gananciales el cónyuge de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por el consorte, o el art. 224 del C. de c. nos da una definición de lo que es la mala fe de un socio cuando en la disolución de una compañía colectiva o comanditaria pretenda hacer un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la compañía.

Finalmente se debe resaltar que la buena y mala fe no siempre tienen por qué ser dos elementos opuestos separados por el vértice de la moralidad, sino a veces, simplemente, es un principio general tenido en cuenta para justificar las decisiones judiciales que deben salvaguardar el equilibrio entre el valor justicia y el principio de seguridad jurídica, por ello no siempre es fácil ni posible realizar una correlación entre ambos términos, porque no siempre existe.

Ante la dificultad de la aplicación integral de una u otra acepción el Tribunal Supremo ha optado por no tomar una sola acepción de referencia, sino aplicar en cada caso concreto aquella que sea más conveniente o que sea más garantista con las consecuencias que se buscan en el fallo. Aunado ambas teorías, surge la llamada concepción ecléctica del abuso del derecho, recibiendo aspectos de las acepciones objetivas y subjetivas, ejemplificadas en sentencias como la STS de 20 de julio de 2018 que reza así: *«incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad»*²⁵⁶. Esto es, que el TS es consciente de que pese a que la acepción subjetiva no es la que mejor se ajuste en el ámbito societario no para todos los supuestos es aplicable la teoría objetiva, a veces por la enorme dificultad que supondría demostrar la voluntad o culpa de la determinada forma de actuación o imposibilidad de la carga de la prueba, surgiendo así la teoría ecléctica, que busca mitigar el abuso del derecho con la teoría que más se adapte al caso concreto. En este caso, WIEACKER, fiel defensor del normativismo y la teoría objetiva habla de la capacidad y el deber de los tribunales de adaptar al caso concreto la opción más favorable, que es la línea que sigue nuestra jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, como mencionábamos más arriba, en aras de preservar el valor justicia, aunque el principio de seguridad jurídica se vea mermado.

²⁵⁵ GAVIRIA GUTIÉRREZ, E., *op. cit.*, págs. 30-31

²⁵⁶ STS de 20 de julio de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:2859]

En suma, y extrayendo razón de la STS de 3 de abril de 2014, para afirmar la existencia de un abuso del derecho, es preciso que nos encontremos ante conducta en el que exista «i) *un derecho objetivo y externamente legal*, ii) *anomalía o exceso en el ejercicio del derecho*; iii) *producción de un daño*; y iv) *relación de causalidad entre el ejercicio anómalo y la producción del daño*»²⁵⁷.

7.4.1. Consecuencias del abuso del derecho

El artículo 7.2 CC. reza que el acto abusivo «*dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso*». No solo se busca la restitución del daño, sino que el legislador ha querido asegurar la interrupción del abuso si este continuase²⁵⁸. Respecto a la legitimación para solicitar la declaración de dicho abuso lo están tanto las personas físicas como jurídicas, concretas cuyo interés se haya visto lesionado, como los grupos de personas al que afecte el ejercicio antisocial del derecho²⁵⁹. En cualquier caso «*la declaración de nulidad del negocio en aras a la protección de terceros no afectará a éstos cuando sean de buena fe (desconocedores de la existencia del ejercicio abusivo*»²⁶⁰)».

Las consecuencias previstas pueden darse separada o acumulativamente dependiendo de cada caso²⁶¹.

La ausencia de protección a quien actúa de esa manera se traduce en la privación de eficacia jurídica de la actuación abusiva dado que «*la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*».

La determinación de la ineficacia del acto vendrá en una sentencia que declare la existencia del abuso, no siendo necesario haber causado el daño, pues este puede ser futuro, por ello el legislador ha optado por vías que interrumpan o prevean medidas para que dicho daño no se vaya a producir, así otras consecuencias del abuso del derecho serán las *medidas judiciales y administrativas*.

La adopción de estas medidas son, en un principio, ejecutivas, acompañan a la sentencia en la que se declara la existencia del abuso, y, en su caso, se condena al autor al pago de la correspondiente indemnización. Podrán consistir en la condena a hacer o no hacer algo, a restablecer la situación anterior deshaciendo lo mal hecho

²⁵⁷ STS de 3 de abril de 2014 [ECLI:ES:TS:20141619]

²⁵⁸ Vid. GETE-ALONSO CALERA, M.C., *op. cit.*, pg. 926; DE ANGEL YÁGÜEZ, R., *Comentario...*, *op. cit.*, pg. 69 y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, t. I, 3, edit. Bosch, Barcelona, 1990, pg. 129

²⁵⁹ RIVERO, *op. cit.*, pg. 127

²⁶⁰ GETE-ALONSO CALERA, M.C., *op. cit.*, pg. 926

²⁶¹ BOLDÓ RODA, C., «*Levantamiento...*», *op. cit.*, pg. 284

o a realizar una conducta determinada en aras de interrumpir o poner fin al acto u omisión dañosa. Respecto a la posibilidad de la adopción de medidas cautelares la doctrina está dividida, autores como RIVERO²⁶² o GETE-ALONSO²⁶³, son defensores de estas medidas cautelares, por el contrario, autores como ROCA JUAN se manifiestan en contra, aunque parece que últimamente prevalece la idea de su posible adopción²⁶⁴.

En lo relativo a las medidas administrativas, será necesaria la previa existencia de una ley que atribuya competencia específica para resolver las situaciones abusivas entre los particulares. Son medidas administrativas todas aquellas que la Administración pueda acordar en el ámbito de sus competencias (prohibiciones, sanciones, denegaciones o suspensiones de licencias, etc.)²⁶⁵.

7.4.2. El abuso del derecho como fundamento del levantamiento del velo

Si bien es cierto que las sentencias relativas a la doctrina del levantamiento del velo hacen alusión a la institución del abuso del derecho, es una cuestión compleja ya que en dichas sentencias no se llega a argumentar suficientemente la aplicación de dicha institución y tampoco se hace referencia alguna al cumplimiento de los requisitos necesarios para apreciar la presencia del abuso del derecho. Para entender esta cuestión, a priori compleja, podemos encontrar su razón de ser en los orígenes de la doctrina del levantamiento del velo en España; su llegada de la mano de SERICK, puramente derecho anglosajón, el abuso del derecho en la doctrina alemana²⁶⁶ no se puede traducir al abuso del derecho que contempla el Código Civil español en su artículo 7.2, más bien en relación a la doctrina del levantamiento del velo se traduciría lo que aquí conocemos como fraude de ley. La fundamentación del abuso del derecho la encontramos en los casos en los que los tribunales deciden eludir²⁶⁷ la técnica del levantamiento del velo es cuando encontramos la alegación de falta de presupuestos necesarios para la existencia del abuso del derecho²⁶⁸.

²⁶² RIVERO, *op. cit.*, pg. 127

²⁶³ GETE-ALONSO CALERA, M.C., *op. cit.*, pg. 930

²⁶⁴ BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento...», *op. cit.*, pg.285

²⁶⁵ BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento...», *op. cit.*, pg.285

²⁶⁶ Ideas de TEUBNER expuestas por MIQUEL GONZÁLEZ, J. M *op. cit.*, pgs. 46-47

²⁶⁷ *Vid.* SAP Barcelona de 28 de junio de 1989; SAP Zaragoza de 17 de mayo de 1990; SAP Murcia de 7 de septiembre de 1991, entre otras

²⁶⁸ BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento...», *op. cit.*, págs.. 294 a 297

A saber, que, por el contrario, el propio Tribunal Supremo²⁶⁹ ha reconocido que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo puede tener lugar sin que medie 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.

A tenor de lo antedicho, parece poderse afirmar, que la llamada doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica que ha construido nuestro Alto Tribunal viene a agrupar la multitud de sentencias en las que se resuelven los casos de fraude de ley en aquellos casos en los que el denominador común es la normativa referente a la persona jurídica como norma de cobertura²⁷⁰.

7.4.3. Distinción entre abuso de derecho y ejercicio antisocial

Siguiendo con el análisis del considerando cuarto de la STS de 28 de mayo de 1984 cabe hacer una muy breve referencia a las figuras del abuso del derecho y el ejercicio antisocial. Si bien, en el referido art. 7.2 CC. se presentan como dos figuras distintas y parte de la doctrina, así ESPÍN, GONZÁLEZ BOTELLA, RIVERO HERNÁNDEZ, ROCA JUAN y ALBALADEJO, admiten precisamente esta distinción, por el contrario, DÍEZ-PICAZO, SERRANO ALONSO, HERRERO DE MIÑÓN o BATLLE, defienden que ambas expresiones son sinónimas²⁷¹. Sin embargo, los propios defensores de la distinción de ambas figuras reconocen que no cabe un tratamiento diferente del ejercicio antisocial respecto del ejercicio abusivo²⁷². El Tribunal Supremo vino a arrojar un poco de luz en la materia al afirmar que «la mención del ejercicio abusivo o antisocial del derecho (...) exige señalar que, si bien se trata de conceptos distintos, cual acredita la mención que el artículo 7.2 del Código Civil se hace de una y de otro separándolos por la conjunción “o” (...) sus diferencias son tan sutiles, que puede afirmarse que carecen de trascendencia práctica (...)» [STS de 23 de mayo de 1984]²⁷³

En definitiva, la fundamentación de la concepción ecléctica que se fundamenta en la concurrencia de factores subjetivos y objetivos, es decir, intencionalidad de los sujetos y el ejercicio que no se corresponde a la finalidad económico-social de un

²⁶⁹ STS de 24 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1111]

²⁷⁰ BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento...», *op. cit.*, pg. 299

²⁷¹ Sobre la distinción de ambas figuras cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pg. 64

²⁷² BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento...», *op. cit.*, pg. 281

²⁷³ STS de 13 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2544)

determinado derecho, respectivamente, hace imposible la distinción entre el ejercicio abusivo y el ejercicio antisocial de un derecho ²⁷⁴.

7.5. Distinción entre el abuso del derecho y el fraude de ley

Ambas instituciones son consideradas como «cláusulas generales» en la que es determinante el arbitrio judicial. Tanto el abuso del derecho como el fraude de ley comportan cierta *inseguridad jurídica*, por ello, tanto en un caso como en el otro se trata de evitar los resultados injustos, que se apoyan en la cobertura de normas de derecho, cuya finalidad, en atención a la interpretación finalista de las normas, no era dicha cobertura²⁷⁵.

Dentro de la doctrina sigue habiendo gran discrepancia sobre la distinción entre abuso del derecho y fraude de ley, así, siguiendo la doctrina de JOSSEAND, la relación sería de género a especie, esto es, el abuso del derecho sería el concepto genérico y el fraude de ley una forma concreta de cometer abuso²⁷⁶. Por otro lado, está la teoría defendida, entre otros, por DíEZ-PICAZO, quién sitúa el abuso y el fraude dentro de lo que genéricamente se podría llamar *infracciones directas de los imperativos legales*, aunque no aclaren los criterios de distinción dentro de esa categoría genérica²⁷⁷.

En la técnica jurídica de nuestro Derecho Civil se puede hacer una distinción atendiendo a sus notas características y a sus efectos, en concreto, como ya adelantamos, el abuso del derecho significa una extralimitación del poder que forma el contenido de un derecho subjetivo y que lleva aparejada como sanción su prohibición y una indemnización de daños y perjuicios. Mientras que en el fraude de ley se habla de un mal uso del derecho objetivo²⁷⁸.

²⁷⁴ Vid. GETE-ALONSO CALERA, M^a C, *op. cit.*, págs. 908

²⁷⁵ BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento...», *op. cit.*, pg. 292

²⁷⁶ BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento...», *op. cit.*, pg. 290

²⁷⁷ DíEZ-PICAZO, L., *El abuso del derecho...*, *op. cit.*, pg. 1342

²⁷⁸ DíEZ-PICAZO, L., *El abuso del derecho...*, *op. cit.*, pg. 1342, y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Comentario...*, *op. cit.*, págs. 65-66

8. EL PROBLEMA DEL CRITERIO RECTOR, CASUÍSTICA Y JURISPRUDENCIA

La imposibilidad de hallar un criterio rector que permita averiguar los casos en los que se pueda o deba prescindir de la forma de la persona jurídica ha conducido al juzgador a elaborar, jurisprudencialmente, basado en el derecho comparado, mayormente de la doctrina y jurisprudencia alemana y anglosajona como hemos podido ir viendo a lo largo de este trabajo, unos grupos de casos que facilita la sistematización de su aplicación sin tener consideración bajo ningún concepto de “*numerus clausus*”.

De otro lado, en el ordenamiento jurídico español también se han formulado diferentes grupos de casos en los que esta doctrina sería de aplicación, como por ejemplo las casuísticas elaboradas por De los Mozos, al recoger que el levantamiento del velo societario sería aplicable en los casos de problemática con la nacionalidad de las personas jurídicas; cuando esté relacionado con el fraude fiscal; en las sociedades unipersonales; y, en los casos de restricción de la concurrencia o dilatación de la quiebra²⁷⁹.

En la misma obra de DE ÁNGEL, se referencia otro grupo de casos realizado esta vez por De la Cámara, entre los que encontramos: los casos en que se simula la constitución de una sociedad para eludir la obligación emanada de un contrato, o de la propia letra de la ley. Los casos en que el supuesto de hecho deba solventarse en función de la normativa de la persona jurídica. Y, finalmente, aquellos casos en los que se pretende evitar que un grupo se beneficie del privilegio de la incomunicación patrimonial propio de la persona jurídica para la realización de conductas prohibidas²⁸⁰

Nuestro Tribunal Supremo²⁸¹, ha venido aplicando esta doctrina – respetando la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE – en relación a cuatro supuestos,

²⁷⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 7ª ed., rev. y puesta al día, Thomson-Civitas, Madrid, 2017, págs. 96 y 97

²⁸⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del... Op. cit.*, pág. 96

²⁸¹ Vid. STS de 16 de abril de 2014: «El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que “excepcionalmente”, cuando concurren determinadas circunstancias – son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso – sea procedente el «levantamiento del velo» a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros...». En los mismos términos se pronuncia la SAP Barcelona de 25 de julio de 2018.

que son merecedores de detenerse a analizar en este trabajo: a) la identidad de personas o esferas de actuación o confusión de patrimonio social y personal, b) en relación al control externo, c) respecto la descapitalización societaria o infracapitalización, y por último, el abuso de las formas jurídicas o la utilización en fraude de ley²⁸².

8.1 Casos de sociedades unipersonales: confusión de patrimonios o esferas.

Identidad de sujetos.

En este primer grupo, tomado por la influencia de la doctrina alemana, debemos distinguir dos supuestos diferentes: por un lado, las sociedades donde las figuras del socio – ya sea éste persona física o jurídica – y sociedad son tan semejantes que supone un gran esfuerzo en distinguir ambos sujetos, denominado confusión de esferas, y de otro, la confusión de patrimonios, situaciones en las que el patrimonio de ambos sujetos – socio (igualmente pudiendo ser persona natural o jurídica) y sociedad – coinciden, con lo que los beneficios y pérdidas sufridas por una repercuten a la otra²⁸³.

Estos dos supuestos no constituyen por sí solo una conducta prohibida, pero puede suponer una señal para prestar mayor atención a las acciones efectuadas por la sociedad y la respuesta que da el empresario o socio en su ámbito privado.

Como mencionábamos anteriormente, estas realidades son frecuentes cuanto menos división exista entre los patrimonios de la sociedad y del socio, por ende, las sociedades formadas por un único socio o unipersonales son las que más cabe destacar. Pero el hecho de que una sociedad sea unipersonal no determina por sí sola la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo nos recuerda el Tribunal Supremo, sino que es esencial que la forma de la sociedad se haya utilizado para cometer el fraude²⁸⁴, quedando exentos los socios que mantienen bien comunicados el patrimonio individual del social.

²⁸² BUEYO DÍEZ JALÓN, M., y VV.AA., "Responsabilidad de los administradores. Levantamiento del velo", Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 190; en el mismo sentido, BOLDÓ RODA, C., "Levantamiento... Op. cit., pág. 532. Si bien, la autora destaca que la clasificación reseñada obedece al deseo de elaborar unos criterios más o menos firmes que eliminen la posible inseguridad jurídica que la doctrina del levantamiento del velo podría llegar a producir.

²⁸³ OLIVENCIA, M., *La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio. Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, Civitas, 498-526, pág. 508. VV.AA., *Memento Práctico Sociedades Mercantiles*, Francis Lefebvre, 2009, pág. 31. STS de 16 de octubre de 1989 y 3 de junio de 1991, entre otras.

²⁸⁴ STS de 5 de junio de 1990

Estos hechos encuentran justificación en la jurisprudencia de los tribunales, al ser doctrina reconocida que el socio que difumina conscientemente los límites de la sociedad, y no haber respetado la independencia de ambos sujetos, implica que los tribunales no se encuentren obligados a respetar dicha separación, extendiendo con ello la responsabilidad de la sociedad al socio único²⁸⁵.

En este apartado dedicado a la sociedades de un único socio, me parece necesario señalar que se trata de una figura reciente dentro de nuestro ordenamiento, siendo incorporado en España por primera vez con la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En ella se admitió la existencia de estas sociedades, en contravención del anterior art. 10.1 de la LSA de 1951 donde precisamente se negaba la unipersonalidad, exigiéndose un número mínimo de socios fundadores, lo que impedía las sociedades originariamente unipersonales, siendo reconocido ésta exclusivamente cuando fueren sobrevenidas y en situación tan sólo de irregular y transitoriedad.

Pese a la oposición de la doctrina mayoritaria a través de esta nueva Ley se dio respuesta a la Directiva 89/667/CEE, permitiendo la unipersonalidad en cualquier momento de la vida de la sociedad, diferenciando la misma del socio individual de responsabilidad limitada²⁸⁶. Siendo ésta definida como aquella que se constituya por un sólo socio, o que a raíz de la transferencia de acciones confluyan todas en la figura de una única persona²⁸⁷.

En la práctica y a partir de la LSRL de 1995, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por parte del Tribunal Supremo, se ciñe, sobre todo, a los casos de sociedades unipersonales que es la que se presta a abusos para cometer fraude frente a terceros, cuando las otras vías existentes para sancionar esos abusos resultan ineficaces, como la impugnación de acuerdos, las acciones de responsabilidad contra los administradores en el caso de que el socio único no sea el administrador, etc. Por ello, la propia LSC establece diversas obligaciones a cumplir para evitar la problemática derivada de dicha situación, como puede ser el requisito de publicidad en la exigencia de inscripción en el registro Mercantil, haciendo constar la identidad del socio único (art. 13 LSC). El control sobre dicho registro que se traduce en el quebranto del principio general de limitación de responsabilidad para los supuestos en que no se haya llevado a cabo la inscripción pasados seis meses desde que se deviniera unipersonal (art. 14.1 LSC). La realización de balances, así como informes sobre el grupo, tendentes a visualizar la transparencia necesaria para el tráfico mercantil (art. 42 y ss C. de. c.), de contar

²⁸⁵ STS de 30 de septiembre de 2004 ROJ 6092/2004 [ECLI:ES:TS:2004:6092]

²⁸⁶ BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento ... Op. cit.*, pág 337 y ss

²⁸⁷ LSC, art. 12

con un libro de registro de la titularidad de las acciones, y las acciones realizadas por los socios (arts. 104 y ss. del mismo cuerpo legal).

Vista la facilidad que revisten las sociedades unipersonales para llevar a cabo actos fraudulentos, autores como ÁLVAREZ DE TOLEDO, desoyendo lo recogido en la vigente LSC, se muestran partidarios de permitir a los tribunales ignorar dicha «pantalla» y cargar la responsabilidad de la sociedad al socio que aparezca como único²⁸⁸. Medida ésta que, para el autor de este trabajo, además de resultar desmesurado, resulta incongruente con la finalidad de la constitución de una sociedad, lo cual lo hace ineficaz y lo hace vulnerando el principio de inocencia, presumiendo que toda sociedad unipersonal es desde el inicio de esta situación un instrumento fraudulento. Además de contravenir, igualmente, el principio general de la autonomía patrimonial entre socio y sociedad.

Los supuestos más comunes que se han repetido en la jurisprudencia, y que sirven como indicios relevantes a la hora de determinar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, y que nos sirven de igual modo para ejemplificar lo que se acaba de desembrollar, podemos señalar:

- a) las sociedades capitalistas de composición fundamentalmente familiar; al que han de unirse, como ha venido señalando nuestro Alto Tribunal (STS de 30 de mayo de 1998²⁸⁹) la ausencia de actividad social y la inexistencia de libros de actas de la sociedad.
- b) Supuestos en los que una misma persona ostenta el cargo de consejero delegado o de directivo social de distintas entidades mercantiles vinculadas entre sí (STS de 13 de febrero de 1997)²⁹⁰.

También pudiéramos encontrarnos con situaciones de disolución y creación de un nuevo ente societario con el fin de eludir los pagos de las obligaciones contraídas por la predecesora, esto es, una sucesión de empresas ficticias, con mismo domicilio, coincidentes en el objeto social y administrador. Y todo tipo de entramados que nos podamos imaginar en aras de eludir responsabilidades, o de defraudar.

8.2 Grupos de sociedades: Dirección externa. Holding.

Nuestro ordenamiento permite la creación de los grupos de sociedades como instrumentos para solventar las diversas vicisitudes que se dan en el tráfico

^{288 288} ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «Abuso de personificación, Levantamiento del Velo y Desenmascaramiento», Madrid, Ed. Colex 1997, pg.18

²⁸⁹ STS de 30 de mayo de 1998

²⁹⁰ STS de 13 de febrero de 1997

mercantil, permitiendo de este modo la diversificación y la separación de riesgos, a través de la figura que conocemos como *holding*, como centro de una red social para la gestión de objetivos y fines perseguidos por el grupo²⁹¹.

Comúnmente se ha considerado que existe un grupo de sociedades cuando uno o varias sociedades se encuentran bajo el control de otra de forma directa o indirecta²⁹², denominadas también como grupos por subordinación o «*grupos verticales*». Estas son las previstas legalmente en nuestro ordenamiento²⁹³, pero también comienzan a ser reconocidas por doctrina y jurisprudencia los llamados grupos por coordinación o «*grupos horizontales*», que no es otra cosa que varias sociedades que actúan bajo una dirección única o común, sin que exista ese dominio jerárquico de unas bajo otra²⁹⁴. Cabe destacar que, en los casos de grupo de sociedades, cada sociedad, sea matriz o filial, cada cuál sigue conservando su personalidad jurídica propia, a diferencia del conjunto de sociedades que no tiene personalidad jurídica.

En estos casos de grupos de sociedades, la voluntad de las filiales puede llegar a ser muy limitada, incluso pudiendo ser inexistente en caso de ánimo fraudulento, no persiguiendo sus propios intereses sino los de la sociedad dominante, cuyos intereses está dirigida a satisfacer.

Esta red de sociedades dominadas se encuentra regulada en el artículo 42.1 del C. de c. en el que se «presume» que una sociedad será calificada como dominante siempre que posea mayoría de los derechos de voto; disponga de la facultad de nombrar o destituir a miembros del órgano de administración; cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante u otra dominada también por ésta; etc.²⁹⁵

²⁹¹ CORDOBA ACOSTA, P. A., *Derecho de Sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana*. Revista de Derecho Privado, nº10, 2006, pág. 52 y 53

²⁹² Sobre la cuestión de control indirecto se pronunció, entre otras, la STS 190/2017 de 15 de marzo de 2017 [RJ 2017/1370] «... por ejemplo mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo»

²⁹³ Art. 42.1 del Código de Comercio

²⁹⁴ PAZ-ARES, J. C., Uniones de empresa y grupos de sociedades, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, nº1, 1999, págs. 229-233 y EMBID IRUJO, J. M., Introducción al Derecho de los grupos de sociedades, Comares, Granada, 2003, pág. 59

²⁹⁵ Art. 42.1 C. de c.

Dicha presunción del mencionado artículo cuarenta y dos, uno, requiere brevemente una puntualización, dado que en el ámbito del objetivismo mercantil en el que nos estamos moviendo, cuando el precepto normativo presume da a entender que es una presunción *iure et de iure*, una presunción por derecho propio que no admite prueba en contrario, absoluta y con plena eficacia probatoria. No obstante, este artículo no resulta ser una presunción propiamente, como la referenciada como absoluta, sino más bien una delimitación objetiva del perímetro de consolidación.

Retomando el carácter dominante de las sociedades sobre las dominadas, es frecuente que este control provenga de la sociedad principal que aglutina la mayoría de las participaciones de la sociedad dependiente, lo que suele evidenciar el control de una frente a la otra²⁹⁶.

En conclusión, podemos sintetizar los elementos caracterizadores de los grupos de sociedades en la existencia de una relación de dependencia entre el ente dependiente del dominante, un control organizativo directo o indirecto; y, que todos sus componentes se encuentren reunidos bajo una única dirección en busca de unas metas que beneficiará a la dominante, sirviéndose de la existencia de tal separación como mecanismo para la consecución de dicho fin, esto es, una dirección económica dada por el ente dominante.

Como arriba referenciábamos, esta separación puede generar una vulneración a los intereses de terceros y por ende el legislador ha optado por una serie de normas en aras de ofrecer una defensa a estos terceros. No obstante, estos derechos de terceros no han sido los únicos que se hayan podido ver indefensos, pues en la práctica es frecuente que dentro del propio grupo se produzcan conflictos respecto a los intereses de las sociedades dependientes.

Véase en este caso las principales figuras afectadas por los conflictos de intereses como pudieran ser:

8.2.1. Trabajadores de la sociedad dependiente:

Los intereses de las *personas trabajadoras de la sociedad dependiente*, pues la diferencia de objetivos perseguidos por ambos sujetos, sociedad dominante y dependiente, puede conllevar a los trabajadores de esta última vean peligrar su puesto de trabajo – por ejemplo, en los casos de sociedades sucesivas. Desde la doctrina se persigue que en estos supuestos el trabajador encuentre asegurado su

²⁹⁶ EMBID IRUJO, J. M., «El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea», Fundación Juan March, Madrid, 1987, pág. 11

puesto de trabajo con todas las ventajas que hubiera podido obtener y los derechos inherentes que ostentase con anterioridad²⁹⁷.

8.2.2 Socios Externos:

Tradicionalmente, se ha hecho referencia a los «socios externos» a aquellos accionistas de alguna de las sociedades dependientes que no pertenecieran al círculo de control del grupo y que están apartados de la gestión²⁹⁸. Nos encontramos ante un supuesto de doble subordinación, ya que, si en una sociedad independiente o «sociedad isla» los intereses de los accionistas minoritarios ya se encuentran subordinadas a la sociedad, esta subordinación es doble cuando ésta se integra en la órbita de un grupo como sociedad dependiente, que se produce, además al interés superior de dicho grupo, donde la voluntad del socio externo quedará degradado a un tercer plano²⁹⁹.

En relación a la protección de los intereses de los *socios externos*, para la protección de sus intereses el legislador viene reconociendo, incluso con anterioridad a la promulgación de la Ley de Sociedades de Capital, diversos mecanismos, más o menos eficaces, de reclamar la tutela por parte de los tribunales, como los son la impugnación de acuerdos sociales³⁰⁰, la acción social de responsabilidad³⁰¹, o el derecho de separación o exclusión de los socios³⁰².

- a) En cuanto a la impugnación de los acuerdos sociales, ha sido criticada por autores tales como FONT I RIBAS³⁰³ como ineficaz, pues trata de restituir, pero no protege con anterioridad, esto es, se trata de una medida *a posteriori*, en la que sería necesario probar que el interés social ha sido lesionado por un acuerdo de la Junta. Por otro lado, tal lesión sólo se da en los casos en que el ente social deje de maximizar beneficios, intencionadamente, en beneficio de uno o más accionistas³⁰⁴ con el correlativo perjuicio de los demás.
- b) Respecto del ejercicio de la acción de responsabilidad social, nuevamente nos encontramos en una actuación *post factum*; se podrá ejercitar tras el supuesto de un abuso de facultades o infracción del deber de diligencia, a

²⁹⁷ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento del Velo...*», *Op. cit.*, pág. 408

²⁹⁸ FACHAL NOGUER, N., «*El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuestas para combatir las situaciones de abuso*», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 314, 2019, pág. 4

²⁹⁹ EMBID IRUJO, J. M., «*Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*», Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pág. 173

³⁰⁰ Artículos 204 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital

³⁰¹ Artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital

³⁰² Artículos 346 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital

³⁰³ FONTI I RIBAS, A., «*Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses*». *RJC*, 3, 1982, pág., 71

³⁰⁴ CARMEN BOLDÓ RODA *Levantamiento del Velo*, *Op. cit.*, pág. 409

quien corresponderá la carga de la prueba al accionista³⁰⁵. Además, sufre una gran limitación, pues de haberse ejercitado esta acción por la propia sociedad o accionista, los demás que puedan ver sus derechos vulnerados no podrán ejercitar posteriormente la acción de responsabilidad.

- c) Finalmente, el derecho de separación del accionista ha sido considerado, como señala FONT I RIBAS³⁰⁶, un «remedio excepcional» con una interpretación jurisprudencial sumamente restrictiva, para situaciones tasadas legalmente en el artículo 346 LSC³⁰⁷, cuando el socio no hubiera votado a favor de un acuerdo relativo a dichas causas. *Ad nutum*, los estatutos podrán establecer otras causas de separación distintas a las previstas en la LSC sigue rezando el artículo 347 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, estos casos se prevén para los socios de entes independientes, por lo que se debe ajustar a la realidad de los supuestos en los que una sociedad pase a integrar en un grupo, independientemente de que pertenezca a la matriz o a la filial, en el que si los estatutos han tenido en consideración esta posible situación no habrá problema alguno en que el socio pueda ejercitar su derecho de separación. ¿pero qué sucederá si los estatutos no contemplan este caso? La protección de los intereses del socio quedaría limitado a alegar la modificación “sustancial” del objeto social como consecuencia de la inclusión de la entidad en el grupo. Sin embargo, cambio de objeto social ha sido limitado a los supuestos de vaciamiento de la estructura societaria o cambio de la actividad productiva completa³⁰⁸.

A propósito de la limitación conceptual de la concurrencia de esta causa, el Tribunal Supremo se pronunció en su Sentencia de 30 de junio de 2010³⁰⁹ al respecto, estableciendo que la mera inclusión en un grupo de sociedades no

³⁰⁵ CARMEN BOLDÓ RODA *Levantamiento del ... op cit.*, pág. 410

³⁰⁶ FONTI I RIBAS, A., «Algunes reflexions ...», op. cit., págs. 868-869

³⁰⁷ Artículo 346 de la Ley de sociedades de Capital: «1. Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes:

a) Sustitución o modificación sustancial del objeto social.

b) Prórroga de la sociedad.

c) Reactivación de la sociedad.

d) Creación modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos.

2. En las sociedades de responsabilidad limitada tendrán, además, derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales...»

³⁰⁸ CARMEN BOLDÓ RODA *Levantamiento del ... op cit.*, pág. 410

³⁰⁹ STS 438/2010 de 30 de junio [RJ 2010/5693]

puede ser tomada como causa suficiente para ejercer este derecho. Pues será necesario que se produzca una efectiva modificación del objeto social, que tendrá la consideración de sustancial cuando provoque un cambio en los presupuestos objetivos que determinan la adhesión del socio a la sociedad, por transformar la sociedad en una realidad jurídica o económica distinta³¹⁰.

En conclusión y, de lo anteriormente dicho, podemos extraer que la mayor dificultad o eficacia restauradora que presentan las primeras dos fórmulas restitutorias – impugnación de los acuerdos societarios; acción social de responsabilidad – dada la dificultad del tratamiento subjetivo de probar el perjuicio de aquéllos que vean sus intereses lesionados, son derivados de la culpa o abuso de los administradores bien de la sociedad dominante o de los de la dominada. Lo cual hace que sea muy difícil evitar el abuso de los grupos de sociedades, a la par que dificulta que el juzgador pueda restaurar las lesiones dadas, precisamente, por estos abusos.

8.2.3. Acreedores de la sociedad filial

Finalmente, debemos abordar los intereses de los acreedores del ente dominado. Probablemente esta última figura sea la más problemática de todas, y es que, no es infrecuente encontrarse con sociedades dependientes – ya sean creadas a tal efecto o de constitución previa que se han vuelto «pantalla» al entrar en la órbita de un grupo – que transmiten su patrimonio propio a la sociedad dominante, lo que, evidentemente, genera un perjuicio a los derechos de los acreedores, pues recordemos que el patrimonio social de las entidades es la garantía con la que cuentan los acreedores.

Desde el Derecho español, se ha dado solución a los acreedores de las sociedades dominadas que hayan querido hacer valer sus derechos a través de los mecanismos del ejercicio de la acción social de responsabilidad – con las limitaciones y críticas que acabamos de exponer – y a través de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, la cual actúa de tal modo que, de reputarse una conducta abusiva o que se encuentre ejercida en fraude de ley, se penetrará en el velo jurídico y se hará responder a la sociedad dominante o matriz, de dichas actuaciones de la sociedad dependiente³¹¹.

Como aclaración final, de igual forma en la que afirmábamos en el apartado anterior, que el mero hecho de encontrarnos ante una sociedad unipersonal no conlleva automáticamente el abuso de la personificación, debemos de reiterar lo mismo ahora con los grupos de sociedades, y que por ende el hecho de encontrarnos ante

³¹⁰ Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 198/2015, de 27 de julio [JUR2015/229488]

³¹¹ GIRGADO PERANDONES, P., «La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo», Madrid, Marcial Pons, 2002, págs. 77-78

sociedades supeditadas a otro ente no nos encontramos en casos tendentes al uso del mecanismo del levantamiento del velo sin reparar en más indicios. De tal modo en que la STS de 22 de julio de 1998³¹² determinó que el motivo para indagar en el grupo de empresas sería la evidencia de que una o varias de ellas tuvieran una finalidad de sociedad pantalla respecto de la matriz, que busca un fin ilegítimo.

Para finalizar este apartado, la Sentencia del tribunal Superior de Justicia de Andalucía 1881/2019 nos recuerda que, la existencia de un grupo de empresas con finalidad fraudulenta o abusiva no es razón suficiente para la aplicación del levantamiento del velo societario, sino que el tribunal, en ocasiones, podrá optar por la responsabilidad solidaria del grupo, del que hablaremos más adelante, pudiendo extender la obligación resarcitoria a los verdaderos artífices de la conducta perseguida³¹³.

8.2.4 Acción de responsabilidad y conflicto de intereses entre matriz y filial

Centrándonos ahora en lo que más nos pueda interesar siguiendo el objeto de este trabajo, una vez vistas las vicisitudes que puedan surgir dentro del grupo de sociedades, debemos referirnos a la responsabilidad y su posible extensión en los conflictos de intereses entre la sociedad matriz y las filiales, antes de seguir analizando el resto de los grupos de casos de aplicación del levantamiento del velo.

Está claro que los administradores de una sociedad independiente responden del deber de lealtad³¹⁴ al objeto e interés social de dicha entidad, de la misma forma que los administradores de una sociedad matriz se deben a su sociedad; mientras que los administradores de los entes dependientes no solo deben esa lealtad y para con su sociedad, sino que deben seguir las directrices de la sociedad dominante y buscar el interés social de esta, arriesgándose de lo contrario a ser destituidos por lo que podrían incurrir en infracción de dicho deber de lealtad convirtiéndose en

³¹² STS 4941/1998 de 22 de julio de 1998 ECLI:ES:TS:1998:4941

³¹³ STSJ AND 1881/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:1881: «d).- Utilización fraudulenta de la personalidad.- Apunta a la "creación de empresa aparente" -concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo", en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de "pantalla" para aquélla».

³¹⁴ El deber de lealtad se regula en el art. 227 LSC, prevista en principio para las sociedades independientes

objeto de una acción de responsabilidad por actuar en contra de los intereses de la sociedad que administran³¹⁵.

Cuando una matriz imparte órdenes en ejecución de una dirección unitaria, como fundamento básico de los grupos de sociedades, cabe preguntarse si los afectados por las empresas señuelo dependientes pueden ejercer la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad dominante cuando la filial ha actuado siguiendo las instrucciones de la matriz o si por el contrario deben responder la filial. Juristas como SEBASTIÁN QUETGLAS son partidarios se muestran partidarios de la incursión en responsabilidad de los administradores de la filial cuando las órdenes emanadas de la matriz no estén amparadas en el interés superior de grupo, y por contra, exentos de responsabilidad cuando el acuerdo que fuese lesivo para los intereses de la sociedad dependiente estuviese justificado en el beneficio del grupo³¹⁶.

Sin embargo, la jurisprudencia³¹⁷ no se muestra favorable a esta doctrina, anteponiendo el deber de lealtad del administrador a la sociedad que administra, como si de un ente independiente se tratara, por tanto, desde el punto de vista normativo de nuestro ordenamiento jurídico surgen varias dudas respecto a la extensión de la responsabilidad.

En el caso de la Ley de Defensa de la Competencia esta extensión de responsabilidad está prevista en su artículo 61.2³¹⁸, por tanto, para los supuestos de este ámbito está clara la respuesta, no siendo extensible a otros campos por la limitación del ámbito aplicable que el art. 8 del mismo texto impone. No obstante, otra parte de la doctrina considera que las situaciones como las de abuso de las formas sociales, la confusión de patrimonios o la infracapitalización sí deben dar lugar a la comunicación de responsabilidades³¹⁹. Por lo tanto, los acreedores o afectados podrían exigir responsabilidades a la matriz a través de la doctrina del levantamiento del velo, que como llevamos viendo a lo largo de este trabajo, viene resolviendo la insuficiencia del derecho positivo español.

³¹⁵ SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *«El concurso de acreedores del grupo de sociedades»*, Civitas, Pamplona, 2013, pág. 7

³¹⁶ SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *«El concurso...»*, op. cit., pág. 7

³¹⁷ Vid. SAP Asturias 114/2014, de 31 de marzo de 2014 ó STS 695/2015, de 11 de diciembre de 2015

³¹⁸ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, art. 61.2: *«A los efectos de la aplicación de esta ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas»*.

³¹⁹ SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *«La insolvencia de los grupos de sociedades en la Ley Concursal»*, Icade, Revista de la Facultad de Derecho, núm. 61, 2004, págs. 293-312

Respecto a los grupos de sociedades, la SAP B de 22 de diciembre de 2017³²⁰ asevera que el riesgo del abuso de la personificación habrá que analizar *ad casum*, para comprobar si la persona jurídica ha sido constituida o estando ya constituida ha sido empleada como instrumento con una intención no tutelada por el ordenamiento para excluir la responsabilidad patrimonial y disminuir o incluso destruir la protección de los derechos de terceros.

En conclusión, sí que se podrá, de manera excepcional, comunicar la responsabilidad de la filial a la matriz, mediante la doctrina del levantamiento del velo societario cuando se pruebe el abuso de la personificación por parte del grupo.

8.3 Casos de infracapitalización: Insuficiencia de capital y la responsabilidad limitada de los socios.

En este tercer grupo de casos analizaremos la infracapitalización o insuficiencia de capital por parte de una sociedad para hacer frente a las obligaciones contraídas.

La infracapitalización es frecuente en las llamadas sociedades cerradas, esto es, las sociedades de capital de estructura personalista, las Sociedades de Responsabilidad Limitada, y en los grupos de sociedades que más arriba referenciábamos. En el caso de las SL se lleva a cabo con el ánimo de minimizar el capital social, con ello los socios consiguen reducir el riesgo empresarial de modo equivalente; pues como hemos afirmado varias veces a lo largo de este trabajo, el capital social es juna garantía para los terceros. En los grupos de sociedades tan reducción limita la responsabilidad diversificando los riesgos aportando un pequeño capital a la filial, de modo que el grupo sigue desarrollando una empresa arriesgada, pero con cierta seguridad de que un eventual fracaso no golpeará el patrimonio del grupo o de la matriz, claro está, siempre y cuando no se aplique el levantamiento del velo y se desarticule el entramado abusivo o fraudulento de la personificación³²¹.

Nos encontraremos ante una situación de infracapitalización cuando los socios no dotan a la sociedad recursos patrimoniales suficientes para una correcta consecución del objeto social. Y, de acreditarse esta situación, los tribunales podrán acudir a la aplicación del levantamiento del velo para extender la responsabilidad derivada de esa insuficiencia de capital a los socios por las deudas de la

³²⁰ SAP B 12261/2017 de 22 de diciembre de 2017 ECLI:ES:APB:2017:12261 y STS 7568/2010 de 4 de noviembre de 2010 ECLI:ES:TS:2010:7568 entre otras : «*Ello no es obstáculo para que excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso-, sea procedente el "levantamiento del velo" a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros...*».

³²¹ PAZ-ARES, J. C., «*La infracapitalización. Una aproximación contractual*», Revista de Derecho de Sociedades (RdS), número extraordinario, Madrid, 1994; págs. 233 y ss

sociedad³²². Pero los efectos derivados de la insuficiencia serán diferentes dependiendo de si estamos ante una infracapitalización nominal o material.

En el supuesto de una infracapitalización nominal, la entidad sí dispone de recursos suficientes para llevar a cabo su objeto social – capital de explotación – lo que ocurre es que dichos recursos no han sido aportados como capital a la sociedad, sino que han sido prestados por los socios o por terceros por encargo de estos a la sociedad. De forma que, en caso de quiebra o concurso, o la mera evasión de la obligación de pago de las deudas, los socios se benefician de una presunta condición de acreedores de la sociedad, en detrimento de los derechos de los “verdaderos” acreedores (terceros). Por ejemplo, en el caso de una sociedad con objeto social la construcción de inmuebles, donde la maquinaria no es propiedad de la sociedad sino de los socios, en el caso de concurso los acreedores no podrían proceder al embargo de la maquinaria para cobrarse sus créditos pues los socios – no en condición de socio sino en condición de titular de la maquinaria – a través del ejercicio del derecho de tercería de dominio traerían para sí los bienes de la sociedad dejando a los acreedores sin posibilidades de ver satisfecho sus créditos.

De esta forma con la técnica del levantamiento del velo se puede descubrir que los socios, en este caso no tienen condición de tercero (requisito fundamental para oponer una tercería de dominio) y así hacer nulo tal artimaña con abuso de la forma societaria para que los socios respondan de las deudas sociales frente a los acreedores³²³.

La doctrina del levantamiento del velo viene resultando análoga a la doctrina de la infracapitalización (doctrina alemana no incorporada a nuestro ordenamiento). Esta afirma que el capital de una sociedad cubierta por préstamos – capital nominal – que un ordenado empresario hubiera cubierto mediante el aumento del capital social – capital material – tales préstamos realizados por los socios han de tenerse en consideración como capital social, por ende, los socios podrán reclamar la devolución de sus aportaciones tras haber satisfecho a los acreedores terceros³²⁴

Respecto a la infracapitalización material, como regla general rige el principio de que los socios no responden por la infracapitalización por el privilegio de limitación de responsabilidad. Pero este principio general quedará sin efecto cuando se abuse de dicho privilegio. La fundamentación de la pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada es la siguiente: *«la limitación de la responsabilidad sólo*

³²² CARMEN BOLDÓ RODA «Levantamiento...», 2000, *op. cit.*, pág. 425

³²³ *Vid.* STS 3292/1992, de 15 de abril, de 1992 ECLI:ES:TS:1992:3292 entre muchas otras

³²⁴ PAZ-ARES, J. C., «La infracapitalización. Una aproximación contractual» *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, número extraordinario, Universidad Autónoma de Madrid, 1994, pág. 264 y «Sobre la infracapitalización de las sociedades», *ADC*, 1983, pág. 1622

*adquiere sentido a través de la construcción simultánea de un patrimonio de responsabilidad que sustituye la responsabilidad personal del socio*³²⁵». Por tanto, los socios deberán responder con todo su patrimonio conforme al art. 1911 Cc. de las deudas sociales. Los acreedores que ven perjudicado su derecho de crédito suelen ser pequeños acreedores o inexpertos, pues un acreedor informado exigirá una correspondiente compensación, esto es, un acreedor invertirá o contratará con una sociedad infracapitalizada – basándose en la relación de confianza – exigiendo garantías personales de los socios, o garantías reales sobre los bienes concretos de la sociedad³²⁶.

Cierto es que la Ley Concursal no depende tanto de la jurisprudencia, al haber normativizado la subordinación legal de los créditos que ostentan los socios de control contra una sociedad en concurso. En cuanto a la responsabilidad en la LSC, podemos encontrar alguna referencia a la extensión de responsabilidad en el art. 4 cuando establece la responsabilidad solidaria de todos los socios de las sociedades limitadas para atender el pago de las obligaciones en caso de liquidación con insuficiencia de capital³²⁷. El mismo modo extiende la responsabilidad de los administradores a los administradores de hecho en el art. 236.3³²⁸ del mismo cuerpo legal.

Jurisprudencia y doctrina han tomado conciencia de suplir los vacíos normativos del ordenamiento conforme a la doctrina de la personalidad jurídica y de los deberes de la buena fe contractual permitiéndonos afirmar la existencia de responsabilidad por infracapitalización en determinados supuestos concretos que deben ser analizados caso por caso al margen de las situaciones concursales. PAZ-ARES³²⁹ proponía la libertad de pacto entre socios y terceros para acordar un tipo de interés acorde al nivel de riesgo asumido por el acreedor de la sociedad infracapitalizada, pudiendo establecer incluso una responsabilidad ilimitada. Y, al contrario, en el caso de que no les fuese posible la contratación sobre el nivel de responsabilidad se impondría la responsabilidad a los socios por infracapitalización con fundamento en el art. 1902

³²⁵ PAZ-ARES, J. C., «Sobre la infracapitalización...», *op. cit.*, pág. 1613

³²⁶ PAZ-ARES, J. C., «La infracapitalización...», *op. cit.*, 1994, pág. 264

³²⁷ Art. 4 LSC: «En caso de liquidación, voluntaria o forzosa, si el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para atender el pago de las obligaciones sociales, los socios responderán solidariamente de la diferencia entre el importe de tres mil euros y la cifra del capital suscrito»

³²⁸ Art. 236.3 LSC: «A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad...»

³²⁹ PAZ-ARES, J. C., «La infracapitalización...», *op. cit.*, 1994, pág. 264

CC. conforme a la responsabilidad extracontractual y la buena fe precontractual, imponiendo a los socios el deber de notificación de las pautas inusuales de la capitalización a los acreedores.

A mi juicio, y con el debido respeto a tan ilustre jurista merece, he de mostrar mi desacuerdo con este sistema que propone fundamentándose para ello en el hecho de que, conforme a nuestro ordenamiento, disponemos del Registro Mercantil que cuenta con unos principios de transparencia, precisamente, para tratar de evitar estas situaciones de falsas apariencias que conllevan a terceros pensar que una sociedad es completamente solvente hasta que en la hora de liquidar o afrontar las obligaciones se demuestra lo contrario. Más que proteger la confianza de los acreedores – que sin duda alguna es condición fundamental de acuerdo con la buena fe – soy más partidario de proteger las garantías de éstos, aun sin intervenir culpa o negligencia. Que, por otro lado, en el ámbito de aplicación del levantamiento del velo, hemos podido ver a través de las numerosas sentencias mencionadas, que no se trata de hechos casuísticos que por una mala gestión una sociedad obtenga resultados desafortunados, sino todo lo contrario, una mala fe manifiesta para evadir todo tipo de responsabilidades, en las que si bien la culpa no es fácil de demostrar y presuponerla puede resultar imprudente, se observa un ejercicio antisocial en beneficio de quien abusa de la, por unos medios o por otros, de la personalidad jurídica, o actúa en fraude de acreedores.

Y, a propósito del abuso y del fraude de acreedores, solo nos queda analizar este cuarto y último grupo de casos generales que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria española ha delimitado en el ámbito de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario.

8.4 Casos de abuso de la personalidad jurídica, abuso en fraude de ley o incumplimiento de obligaciones.

Este último grupo que clasifican algunos autores como EMBID IRUJO³³⁰ y VICENT CHULIÁ³³¹ como «cláusula residual» donde «cabe incluir circunstancias y supuestos heterogéneos no encuadrables en ninguna de las restantes categorías³³²» hace referencia a la «utilización instrumental, objetivamente determinable, de la

³³⁰ EMBID IRUJO, J. M., «Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y en el español», RCDI, julio-agosto, núm. 599, 1990, págs. 52-53

³³¹ VICENT CHULIÁ, F., «Compendio crítico de Derecho Mercantil», Barcelona 1993, págs. 329-330

³³² EMBID IRUJO, J. 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, núm. 17, mayo 1992, pág. 8

sociedad-persona jurídica, violándose con ello obligaciones contractuales, produciéndose dolosamente daños a terceros»³³³.

En esta clasificación importada por la doctrina alemana se subsumen todos los casos de abuso del derecho tal como contempla el art. 7.2 Cc. en los que la existencia de un comportamiento de mala fe³³⁴ de los socios que reclama la utilización de la doctrina del levantamiento del velo no cumpla con los requisitos necesarios para entenderse clasificado dentro de un determinado grupo como los que hemos analizado anteriormente se busca un mínimo común para justificar esta doctrina. Y, ese mínimo común es el abuso de la personificación o el fraude de ley³³⁵. Por ello, hay que precisar que ni la unipersonalidad, ni los grupos de sociedades, ni la infracapitalización no determinan necesariamente la obligatoriedad de la aplicación del levantamiento del velo.

Podemos afirmar que, conforme a los criterios del Tribunal Supremo, en esta cuarta y última clasificación se han incluido aquellos casos en los que se ha utilizado la personificación para «*eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales e incluso extracontractuales*³³⁶» donde no concurren los requisitos que exigían los casos antes vistos.

Finalmente, cabe destacar que los grupos de casos que hemos analizado no son un *numerus clausus*, sino más bien todo lo contrario. En este listado *numerus apertus* no tiene por qué darse una situación individualizada de los presupuestos, sino que podemos encontrarnos con situaciones concomitantes³³⁷, esto es, podría darse un supuesto exclusivo de infracapitalización; un supuesto de dirección externa; o, un supuesto de infracapitalización con dirección externa simultáneamente.

³³³ EMBID IRUJO, J. 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*, núm. 17, mayo 1992, pág. 8

³³⁴ Vid. STS 3457/2005 de 30 de mayo de 2005 ECLI:ES:TS:2005:3457 «... los requisitos indispensables para aplicar la técnica del levantamiento del velo, que se utiliza para averiguar el sustrato real de la personalidad jurídica tratando de superar una manipulación financiera para que triunfe la realidad en el derecho y en la justicia, y con la finalidad de evitar el abuso del derecho, la mala fe o el fraude, y cuya base legal se encuentra en los artículos 6-4 y 7-1 y 2 del Código civil».

³³⁵ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*» *op. cit.*, pág. 457

³³⁶ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*» *op. cit.*, pág. 458

³³⁷ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*» *op. cit.*, pág. 458

9. POSTURAS QUE RECHAZAN Y/O CRITICAN LA FUNDAMENTACIÓN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Los autores que rehúsan de la doctrina del levantamiento del velo refuerzan la teoría del análisis del lenguaje³³⁸ en relación con la falta de precisión del concepto de personalidad jurídica.

Esta postura que pone el tela de juicio el expediente del levantamiento del velo se muestra proclive por esclarecer las condiciones de la personalidad jurídica, tal y como comenzó esta labor el jurista ASCARELLI y que más recientemente han sido fortalecidas por GALGANO y PAZ-ARES. en líneas generales, estos autores hablan de un *velo lingüístico*³³⁹.

La primera crítica parte de lo que podríamos identificar como «doble ficción»; la primera ficción sería el propio *nomen* de la persona jurídica, pues estos autores distinguen entre las personas que componen la sociedad y persona jurídica. De la primera no repuntan crítica, sin embargo, respecto a la persona jurídica objetan³⁴⁰ la ficción del legislador para otorgar personalidad a una agrupación de personas o creación de un sujeto nuevo de derecho en el tráfico para posteriormente fingir que se desconoce la separación entre socio y sociedad. Con la diferencia de que, para crear un nuevo sujeto de derecho, que es la persona jurídica en cuestión, ha debido de cumplimentar los requisitos constitutivos respectivos al *tipo* de persona jurídica de la que se trate y que la ficción que pretende desestimar dicha personalidad deriva de la mera discrecionalidad del juzgador como consecuencia de las exigencias de equidad y de justicia³⁴¹.

Para otros autores como PANTALEÓN, la persona jurídica sí es algo real, sin embargo, el defecto que aprecia es «*olvidar que no hay velo alguno que levantar por el obvio motivo de que entre los miembros del grupo y los terceros no hay velo alguno ni natural ni jurídico*»³⁴².

En sentido parecido GIRÓN TENA³⁴³ entiende que la expresión lingüística de la persona jurídica no es más que la condensación de una normativa que busca tratar la legitimación y responsabilidad de los componentes de la sociedad dado que el autor considera que la personalidad no es cosa distinta a las relaciones jurídicas que ligan a los socios. Esto es, a su juicio la personalidad es una subjetivación que unifica la titularidad de las relaciones jurídicas, del que el grado y técnica dependerán del tipo de persona jurídica del que se

³³⁸ Vid. apartado 5 de este trabajo

³³⁹ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*» *op. cit.*, pág.301

³⁴⁰ CAPILLA RONCERO F., citando a GALGANO, *La persona jurídica: funciones o disfunciones*, Tecnos, Madrid 1984, pág. 70

³⁴¹ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*» *op. cit.*, págs.301 y 302

³⁴² PANTALEÓN PRIETO, F., «*Comentarios a la Sentencia de 28 de mayo de 1984*», CCJC, 1984, pág. 1713

³⁴³ GIRÓN TENA, J., «*Derecho de Sociedades. Tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comunitarias*», Benzal, Madrid 1976, pág. 162

trate³⁴⁴ (S.A., S.R.L, Sociedad comanditaria por acciones). Por último, concluye el autor, que, por estos motivos, la superación de la persona jurídica carece de sentido.

9.1 interpretación finalista de las normas

En este escenario, plantea PANTALEÓN PRIETO, que, si se prescindiese del tratamiento formalista de la persona jurídica, se estaría prescindiendo correlativamente de la posibilidad de extraer conclusiones «naturales» de los que se podría resolver los casos tradicionales del levantamiento del velo a través del proceso de interpretación finalista de las normas³⁴⁵ conforme a la concepción nominalista de la persona jurídica, como señala PAZ-ARES.

Es de entender que autores como PAZ-ARES prediquen la doctrina del *Normanwedungstheorie*³⁴⁶, que en la doctrina alemana³⁴⁷ ha tenido su auge siendo hoy en día doctrina dominante frente a la anterior *Durchgriffstheorie*. Ello porque como bien hemos señalado anteriormente en este trabajo, la doctrina alemana ha desarrollado sensiblemente la responsabilidad societaria además de gozar de una mayor precisión técnica en sus instituciones jurídicas, elementos de los que el Ordenamiento Jurídico español en muchas ocasiones carece (como la equidad, el abuso del derecho, la buena fe, etc.). En base al *Normanwedungstheorie* se busca encontrar la finalidad o el propósito interno del ente, esto es, lo que anteriormente en este texto llamamos perspectiva subjetiva que el Alto Tribunal ha descartado desde un inicio por la dificultad que supone hallar tales indicios y el resultado injusto que conlleva, decantándose así por la perspectiva objetiva que precisamente estos autores critican por vulneración del principio de seguridad jurídica.

De este modo, los autores que rechazan la doctrina del levantamiento del velo abogan por una investigación particularizada de la finalidad de las normas en juego para comprobar en cada caso concreto la concurrencia o no de los presupuestos que justificarían su aplicación³⁴⁸.

Con todo ello, se pone de manifiesto otro matiz objeto de grandes críticas por la doctrina, que no es otra que la imposibilidad de hallar un criterio rector cierto o único que posibilite la determinación de la aplicación para levantar el velo o cuándo no.

En este sentido, indica CAPILLA, que, al afrontar una labor tan inespecífica, queda a la discrecionalidad del juzgador la decisión de levantar el velo o no, en aras de impedir resultados inicuos e injusto, y critica la «creación judicial del derecho», competencias estas

³⁴⁴ CARMEN BOLDÓ RODA «Levantamiento...» *op. cit.*, pág. 302

³⁴⁵ CARMEN BOLDÓ RODA «Levantamiento...» *op. cit.*, págs. 304 y 305 citando a PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios...» *op. cit.*, pág. 1717 y PAZ-ARES, J. C., «La infracapitalización...», *op. cit.*, pág. 1592

³⁴⁶ PAZ-ARES, J. C., «La infracapitalización...», *op. cit.*, pág. 1593

³⁴⁷ CARMEN BOLDÓ RODA «Levantamiento...» *op. cit.*, pág. 305 cita 266. *Vid.* MOEREMANS, D. E., «Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del “disregard of the legal entity”», *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 131, 1989, pág. 716

³⁴⁸ CARMEN BOLDÓ RODA «Levantamiento...» *op. cit.*, pág. 305

que no corresponde a los jueces continentales «*habiendo de fallar ajustándose al sistema normativo predeterminado por un esquema rígido de fuentes del derecho*³⁴⁹». Y, a tenor de esta disconformidad, las críticas se extienden a las instituciones o casos de aplicación que se han ido generando, como la equidad, el abuso del derecho, el fraude y la buena fe, que pese a haberse ido perfilando legislativa, doctrinal y jurisprudencialmente, parte de la doctrina sigue calificando estas nociones como «*vagas y difusas*³⁵⁰».

En efecto, PANTALEÓN censura la equidad como fundamentación del levantamiento del velo siguiendo la literalidad del art. 3.2 CC. que habilita el uso de la equidad *cuando la ley explícitamente lo permita*³⁵¹.

En suma, podríamos condensar los argumentos de los autores que se oponen a la doctrina del levantamiento del velo en la reivindicación que los mismos hacen de alcanzar los mismos resultados que con dicha doctrina sin necesidad de recurrir a la creación jurisprudencial de la subjetivación de una normativa preexistente que descarta el uso de las figuras tradicionales de las instituciones jurídicas según su concepto y finalidad.

9.2 la responsabilidad de los socios conforme a la interpretación finalista

De las críticas mencionadas se deriva la cuestión que probablemente sea más importante o que persigue tanto la doctrina del levantamiento del velo como la aplicación de las figuras alternativas: concretar la limitación de la responsabilidad de la sociedad y su posible extensión a los socios por las deudas contraídas por aquélla.

La metodología que plantean estos autores es que la persona jurídica es una ficción del jurista, y no del legislador, una creación del dogma jurídico. Afirman que entre los socios de una sociedad y los terceros no se interpone un tercer sujeto (persona jurídica) que sea un obligado a responder de las deudas sociales, sino que son los propios socios los sujetos pasivos de las deudas contraídas por la sociedad. Y, por ende, los socios son también titulares de los bienes que integran el activo de la sociedad. En consecuencia, estos autores razonan que deberían responder ilimitadamente debido a que no se trata de deudas ajenas sino propias, por tanto, debería seguirse el principio general de responsabilidad patrimonial de las deudas del art. 1911 CC por la que los deudores responden con todo sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de sus obligaciones³⁵².

Al socaire del art. 1911 CC, otra de las grandes críticas ha sido la contravención que ha supuesto el artículo primero 2. y 3. de la LSC (que anteriormente el mismo contenido se encontraba en la LSA) que limita la responsabilidad de los deudores a *contrario sensu* del principio general.

³⁴⁹ CAPILLA RONCERO F., «*La persona jurídica: funciones o disfunciones*», Tecnos, Madrid 1984 pág. 71

³⁵⁰ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*» *op. cit.*, pág. 303

³⁵¹ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*» *op. cit.*, pág. 303

³⁵² CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*» *op. cit.*, pág. 308

De este modo, ha sido criticado³⁵³ el privilegio de la limitación de la responsabilidad de las SA como medida incoherente sin base jurídica alguna, pues si su fundamentación radicara en la naturaleza jurídica de la persona jurídica, los socios de las sociedades civiles y los socios colectivos también responderían limitadamente, cosa que como sabemos no es así³⁵⁴.

Algunos autores como DE CASTRO³⁵⁵, TRÍAS DE BES³⁵⁶ o AURIOLES MARTÍN³⁵⁷, entre otros, encuentran justificación de la limitación de la responsabilidad en la gestión social de los socios dentro de la sociedad. Conforme a la interpretación mayoritaria del art. 1698 CC³⁵⁸ es ilimitada la responsabilidad de los socios de sociedades civiles, de los socios de sociedades colectivas (art. 127 C. de c.), y la de los socios colectivos de la sociedad comanditaria (art. 148.1 C. de c.). La responsabilidad ilimitada pues radica en el derecho de ser gestor o administrador social, como atributo de la condición de socio. Esto lleva a determinar la limitación en las sociedades en las que se disocia la capacidad de control directo de la gestión respecto a los bienes que conforman la sociedad, bienes que para los autores que defienden esta postura contraria o restrictiva de la doctrina del levantamiento del velo, son titulares los propios socios³⁵⁹.

Por ello, en las sociedades unipersonales, defienden los seguidores de esta doctrina, no puede regir la limitación de responsabilidad del socio único, aplicando la extensión de responsabilidad al patrimonio privado y separado de la sociedad que este tuviera conforme al principio general del art. 1911CC³⁶⁰.

10. CONCLUSIONES

El concepto de persona jurídica es una creación esencial del Derecho, que permite

³⁵³ PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentarios...» *op. cit.*, págs. 1714-1715

³⁵⁴ Vid. art. 1.4 LSC

³⁵⁵ DE CASTRO y BRAVO, F. «*La persona jurídica*», Civitas, Madrid, 1981

³⁵⁶ TRÍAS DE BES, «*La limitación de la responsabilidad aplicada a las empresas individuales*», AAMN, 1948 (IV), págs. 368 y ss.

³⁵⁷ AURIOLES MARTÍN, A., «*La sociedad anónima unipersonal en la reciente jurisprudencia (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985)*», RDM 1986, pág. 192

³⁵⁸ Artículo 1698 CC: «*Los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad; y ninguno puede obligar a los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello.*

La sociedad no queda obligada respecto a tercero por actos que un socio haya realizado en su propio nombre o sin poder de la sociedad para ejecutarlo, pero queda obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella...».

³⁵⁹ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*» *op. cit.*, págs. 308 y 309

³⁶⁰ CARMEN BOLDÓ RODA «*Levantamiento...*» *op. cit.*, pág. 309

equiparar una organización de bienes y/o personas a una persona natural. Esta *fictio iuris* facilita que las personas jurídicas, como las naturales, nazcan, crezcan y “mueran”, con importantes repercusiones en la realidad jurídica y económica.

A.- No siempre se ha seguido la teoría de la ficción de la personalidad jurídica. El fenómeno asociativo al separarse de la costumbre fundamentalista de basar los derechos en la naturaleza intrínseca de cada acto, facilita el tratamiento y las consecuencias derivadas de los abusos que puedan cometer las entidades.

B.- El privilegio de la limitación de la responsabilidad supone uno de los aspectos más relevantes inherente a las sociedades de capital: ha resultado fundamental para el desarrollo económico, incentivando la actividad empresarial y la inversión al garantizar que el capital invertido sea la pérdida máxima del inversor.

C.- Respecto a las críticas que en la doctrina se han hecho a la desvirtuación del principio general del artículo 1911 CC, se debe poner de manifiesto que no se trata de un imperativo sin excepciones, como por ejemplo, la Ley 25/2015 de 28 de julio, relativo la exoneración del pasivo insatisfecho de las personas físicas.

Aunque no estemos tratando objetivamente este tema, subyace en esta ley el mismo espíritu proteccionista de un Estado social que no permite, que miembros de nuestra sociedad queden presos de sus deudas por situaciones que escapen del control del deudor. Se plantea la cuestión ética sobre el tratamiento que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los deudores de buena fe, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los acreedores.

D.- La responsabilidad limitada ha generado situaciones en las que se cuestiona si siempre debe respetarse la separación entre el patrimonio de las empresas y el de los accionistas. Para satisfacer estas situaciones existen teorías que exigen mecanismos de control con el objeto de evitar el abuso del uso indebido de la forma societaria. La más destacada es la teoría del levantamiento del velo societario, que propone su aplicación por los tribunales para evitar fraudes y abusos bajo una apariencia legal.

E.- Siguiendo el rígido principio de seguridad jurídica, no parece ser legalmente posible habilitar al juzgador a inmiscuirse en el substrato personal de la forma societaria, para reconocer la falta de adecuación a la realidad societaria. Pero con la teoría neoficcionista y una ponderación de la equidad podría salvar este impedimento en aras de alcanzar el valor justicia.

D.- A favor de la interpretación del principio de seguridad jurídica como vía para alcanzar el valor «justicia», puede ser oportuno flexibilizar los criterios rígidos que no limiten el sentido de la justicia en un recuadro. En este sentido ha sido criticado la mención en bloque de los fundamentos esgrimidos por el Alto Tribunal para justificar la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, sin ningún tipo de justificación en las sentencias dictadas.

Parece más bien ser un resultado desafortunado del juzgador desesperado por intentar alcanzar una ponderación entre ser fiel a los principios jurídicos de nuestro ordenamiento, que alcanzar un estado de justicia.

Se puede concluir que, de cada institución deriva una consecuencia distinta. Hecho tan constatado que están regulados, por lo que su aplicación conjunta no es posible jurídicamente en nuestro ordenamiento, en tanto en cuando dichas consecuencias sean antinomias. ¿Pero, y si precisamente es eso el mecanismo del levantamiento del velo?

E.- Es visible la dificultad del ordenamiento positivo como forma de controlar la finalidad para la que se ha creado la persona jurídica, e insuficiencia en la protección de los perjudicados. Queda reflejada la incongruencia al permitir el abuso a la vez que prohibirlo. Seguir anclados en la absoluta rigidez conlleva al perjuicio de terceros, afectados éstos por la actividad o decisiones de entes que resultan “intocables”.

Quizás, intentar encontrar ese método de ponderación a través de una figura de creación jurisprudencial de origen anglosajón, no sea una tarea fácil de encajar en el propio ordenamiento como tampoco será fácil agradar a las diversas corrientes doctrinales.

F.- Flexibilizar los principios rectores en aras de evitar un resultado injusto. No depositivizar la norma.

El desenmascaramiento de la forma societaria, en su origen, parece descansar sobre los pilares de la equidad, como recoge la primera sentencia que configuró esta doctrina en España. Sin embargo, resulta contradictorio con la institución de equidad que conocemos en el Código Civil, que habilita desplegar eficacia en las sentencias recaídas cuando la ley expresamente lo permita, lo que limitaría gravemente la capacidad del juzgador para penetrar en el *sustratum* de la persona jurídica.

G.- Como criterio orientativo para la aplicación del levantamiento del velo se debe comenzar por los presupuestos que dan lugar a apreciar la necesidad de verificar la realidad que se esconde tras dicho velo societario. Una dificultad para determinar criterios unitarios es el resultado injusto causado por la conducta abusiva del ente personificado.

De nuevo nos encontramos ante el *totum revolutum* de las instituciones de derecho aplicadas a su vez a un grupo de casos que el Tribunal Supremo lleva aplicando en sus sentencias, derivados de la doctrina alemana. Doctrina de aplicación casuística, al fin y al cabo, las personas jurídicas tratan de eludir la ley.

Ni todos los supuestos, ni todos los casos son idénticos ni los resultados serán iguales. Se trata de extender o no, la responsabilidad societaria entre los sujetos verdaderamente artífices de quienes contraen la deuda.

Es necesario ir analizando los supuestos caso por caso, individualizando incluso los fundamentos de derecho para la aplicación de la doctrina. Lo cual no puede quedar exento de críticas, pues el derecho continental no es un traje a medida. La arbitrariedad que puede llegar a crear habilitar jurisprudencialmente resoluciones de este calibre puede llegar a generar más injusticia incluso. Por ello hay que buscar un punto intermedio.

H.- Respecto a la sociedad de capital unipersonal, se trata de un entramado negocial en el que se esconde ya no una persona jurídica sino sobre dos o más personas jurídicas. La dificultad que puede suponer la determinación del sujeto de derecho imputable puede dejar desprotegidos a los perjudicados. Pudiendo haber lugar a delitos de estafa ¿cuál de las sociedades respondería?

La excesiva dificultad probatoria nos lleva a la aplicación de una delimitación objetiva del perímetro de consolidación. Lo que se traduce en la extensión de la responsabilidad de la sociedad filial hacia la matriz.

I.- La doctrina del levantamiento del velo tiene aplicación más allá del derecho de sociedades, de aplicación transversal también en el derecho público, en el derecho tributario, penal e incluso en lo laboral, que no han sido objeto de estudio en este trabajo.

J.- Dos grandes críticas hacia la doctrina del levantamiento del velo, en el ámbito nacional:

- Aquellos que consideran inviable la aplicación de esta doctrina conforme al derecho español. Los cuales quedan al margen de este último alegato por no detenernos en lo que ya se ha mencionado.
- Y los que son partidarios de la doctrina del Supremo, con la salvedad de que defienden una reformulación del concepto de persona jurídica, conforme a la aplicación finalista de las normas.

Esta segunda postura se postula hacia la supremacía del valor justicia, al que debemos acercarnos. Si bien la dificultad que se nos plantea podría llegar a desconfigurar el sistema actual, lo cual sería excesivamente laborioso, y probablemente implantable, ya que estamos tratando de cuestiones puramente políticas y hablar de la reformulación del concepto de persona jurídica es pura demagogia.

K.- No se puede decir que sea cierto que las instituciones que sirven de fundamentación al uso de la doctrina del levantamiento del velo sean «ambiguas»,

«vagas», o, «inexactas», pues hay recogidas sendas sentencias que delimitan el alcance y significado de estas instituciones. La inseguridad radica en que, en las sentencias recaídas en los casos de aplicación del levantamiento del velo, no se argumentan. Y, las consecuencias que se derivan de estas sentencias no son acordes a las que se debieran derivar de estas instituciones.

L.- Este mecanismo es de uso reservado y subsidiaria mientras encontremos en nuestro derecho positivo otras alternativas que permitan respetar el derecho de forma ecuaníme sin injerencias innecesarias en la persona jurídica a la par que la restitución de los perjudicados.

Frase esta reiterada, ya que estamos ante un juicio de valor del juzgador, que trata, con los medios jurídicos posibles, encajar un mecanismo para reparar el perjuicio de los damnificados, por el uso indebido de una persona jurídica. Ponderando, conforme a equidad, conceptos tan genéricos que provoca que los mismo cimientos sobre los que se ha construido el concepto persona jurídica, se tambalee.

Quizá, la tarea de *lege ferenda* sea reflexionar si la equidad en la aplicación de las normas en las resoluciones de los tribunales (artículo 3.2 CC.) deba ser un principio rector del Ordenamiento Jurídico, suprimiendo de su redacción la referencia “*cuando la ley expresamente lo permita*”.

M.- Por costumbre del derecho continental, la positivización de la norma que nos otorga una seguridad jurídica lo que nos hace sentirnos iguales y seguros ante la ley.

Debemos ser conscientes de que cada día se crean nuevas formas de abusos difíciles de prever, incluso habiéndose previsto, no se aprueben normas a tiempo antes de que se cometan los abusos.

Por lo tanto, mientras no se halle una solución posible de positivizar estos hechos, es necesario fortalecer los principios jurídicos informadores en nuestro derecho y crear jurisprudencia consolidada en aras de una protección de nuestros derechos.

11. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, C. «*Diccionario de Derecho de Sociedades*», Iustel, Madrid 2006
- ALFONSO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA A., Y GARCÍA DE DUEÑAS «*Gobierno corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la responsabilidad de los Administradores*», Aranzadi, Pamplona 2015
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «*Abuso de Personificación, Levantamiento del Velo y Desenmascaramiento*». COLEX, Madrid 1997
- ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA, S., «*El Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*». Cap. 22 La necesaria revisión de la doctrina del levantamiento del velo, Aranzadi, Pamplona, 2015
- AMOROS GUARDIOLA, M., «*Comentarios a las reformas del Código Civil*», Vol. I, Madrid s.f., 1977
- ARANGIO-RUIZ, G., «*Gli enti soggetti dell' ordinamento internazionale*», I, Milano 1951
- ARRIBA FERNÁNDEZ, M^a L., «*La teoría del levantamiento del velo en la doctrina. Estudios y Comentarios Legislativos*», Civitas, Derecho de Grupos de Sociedades, 2009
- AURIOLES MARTÍN, A., «*La sociedad anónima unipersonal en la reciente jurisprudencia (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985)*», Revista de Derecho Mercantil, N^o 179-180, 1986
- BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, «*Manual de Derecho Constitucional*» Vol. I (8^a ed.), Tecnos (Grupo ANAYA, S.A.), Madrid 2013
- BEITZKE, «*Sulla confisca dei diritti dei soci*», Revista de Derecho Civil, I., 1956
- BOLDÓ RODA, CARMEN, «*Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho privado español*», Aranzadi 3^a edición, Elcano 2000

- BOLDÓ RODA, CARMEN, *«levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia»*, Civitas, 6ª edición, Pamplona 2013
- BUEYO DíEZ JALÓN, Mª, *«Responsabilidad de los Administradores; Levantamiento del Velo»*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2000
- CAFFARENA LAPORTA, JORGE, *«Comentarios al código Civil y a las Compilaciones forales»*, tomo I, vol. I, EDESA, Madrid 1992
- CAPILLA RONCERO F., *«La persona jurídica: funciones o disfunciones»*, Tecnos, Madrid 1984
- CÓRDOBA ACOSTA, P. A., *«Derecho de Sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana»*. *Revista de Derecho Privado*, nº10, 2006,
- D'ALESSANDRO, F., *«Persone giuridiche e analisis del linguaggio»*, Studi in memoria di Tulio Ascarelli, vol I, Milano 1969
- DAVID, DROBNIG, FOCSANEANU, FOYER, GROSSEN, KISS, LUCHAIRE, SWEENEY, SZER, VIGNES y WORLEY, *«La personnalité morale et ses limites»*, Etudes de Droit Comparé et Droit International Public, Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris 1960
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., *«La doctrina del 'levantamiento del velo' de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia»*, 2ªed. rev. y puesta al día, Civitas, S.A., Madrid 1991
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *«Comentarios al Código Civil»*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *«La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia»*, 7ª ed., rev. y puesta al día, Thomson-Civitas Madrid 2017
- DE CASTRO y BRAVO, F., *«La persona jurídica»*, Civitas, Madrid 1981
- DE CASTRO y BRAVO, F., *«Derecho civil de España»*, vol. I Civitas, Madrid 1984

- DE ESTEBAN, J., Y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., «*Curso de Derecho Constitucional español*». Vol. I, Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1992
- DE LA CÁMARA., (en colaboración con DE LA PRADA): «*Sociedades comerciales*», Revista de Derecho Notarial, núms. 81-82, 1973
- DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I., «*Levantamiento del velo de las personas jurídicas*», Revista crítica de Derecho Inmobiliario, nº 83, Nº 699, 2007
- DE LA VEGA BENAYAS, C., «*Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil*», Civitas, Madrid 1976,
- DÍEZ-PICAZO, L., Y GUILLÓN, A., «*Sistema de derecho civil vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*», 12^aed., Editorial Tecnos (Grupo ANAYA, S.A.), Madrid 2012
- DÍEZ-PICAZO, L., «*La doctrina de los propios actos*», Bosch, Barcelona 1963
- DÍEZ-PICAZO, L., Prólogo a la obra de WIEACKER, FRANZ, «*El principio general de la buena fe*», trad. CANO, J.L., Civitas, Madrid, 1977
- DÍEZ-PICAZO, L., «*El abuso del derecho y el fraude de ley, en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones*», Documentación Jurídica, núm. 4, 1974, Estudios sobre Jurisprudencia Civil, vol. I, Madrid 1973
- DOBSON, J., M., «*El abuso de la persona jurídica (en el Derecho privado)*», 2^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1991
- EMBID IRUJO, J. M., «*El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea Madrid*», Fundación Juan March, 1987
- EMBID IRUJO, J. M., «*Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*», Ministerio de Justicia, Madrid, 1987
- EMBID IRUJO, J. M., «*Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (el proyecto de la novena Directiva)*». Cuadernos de derecho y comercio, nº5, 1989
- EMBID IRUJO, J. M., «*Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y en el español*», RCDI, núm. 599, 1990

- EMBID IRUJO, J. 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, núm. 17, 1992
- EMBID IRUJO, J. M., «*Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*», Comares, Granada 2003
- FACHAL NOGUER, N., «*El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuestas para combatir las situaciones de abuso*», Revista de Derecho Mercantil, núm. 314, 2019
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., «*El sistema constitucional español*», Dykinson, Madrid 1992
- FONTI I RIBAS, A., «*Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses*», RJC, nº3, 1982
- FRANZ WIEACKER, «*El principio general de la buena fe*», Civitas, Madrid 1977
- GALGANO, F., «*Il costo della persona giuridica, Riv delle Soc.*», t. 13, 1968
- GALGANO, F., «*Delle persone giuridiche*», en Commentario del Codice Civile, a cura de A. SCIALOJA e G. BRANCA, arts. 11-35, Bologna-Roma, 1972
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, 1, nº48, 1983
- GAVIRIA GUTIÉRREZ, ENRIQUE, «*El abuso de Derecho*», Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, nº49, Medellín 1980
- GETE-ALONSO CALERA, M^a C., «*Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*», Tirant lo Blanch, Madrid 1992
- GIRGADO PERANDONES, P., «*La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*», Marcial Pons, Madrid 2002
- GITRAMA GONZÁLEZ, M., «*La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude de ley y del abuso del derecho*», Curso

monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil, Valencia, 1975

- GOMÁ LANZÓN, F., *«El emprendedor de Responsabilidad Limitada, un ejemplo más de «derecho inútil»»*, Fundación Hay Derecho, 2013
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M^a, B., *«La doctrina del levantamiento del velo societario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: status quaestionis»*. La ley mercantil, N^o. 26, 2016
- GULLÓN BALLESTEROS *«Comentarios al artículo 35»*, en los comentarios al Código Civil, Bosch, Barcelona, 2006
- HERNÁNDEZ GIL., *«Obras completas. Tomo VII, La constitución y su entorno»*, Espasa-Calpe, Madrid 1988
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *«Comentario al Código Civil»*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991
- HURTADO COBLES, J., *«La doctrina del levantamiento del velo societario: estudios prácticos sobre aplicación por los tribunales españoles»*, Atelier, Barcelona 2000
- HURTADO COBLES, J., *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*. Bosch, Barcelona 2005
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *«Las Fundaciones en la Constitución Española de 1978»* Revista científica del Ministerio de Justicia, núm. 4, 1983
- LÓPEZ MESA, *“El abuso de la personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales”*, Depalma, Buenos Aires 2000
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *«Comentarios al Código Civil»*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991
- MONTÉS, V. L., *«Comentarios a las reformas del Código Civil»*, vol. I, Tecnos, Madrid 1977
- MORALES HERVIAS, RÓMULO, *«Contratos simulados y contratos en fraude de ley. A propósito de la causa del contrato»*. Revista Ámbito Jurídico

- MUÑOZ ARANGUREN, ARTURO, «*Abuso del Derecho y Ponderación de Derecho*», Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho, nº41, 2016
- NINO, C.S., «*Introducción al análisis del Derecho*», 3ª edición, Ariel Editorial, Barcelona 1987
- OLLERO, A., «*Equidad, Derecho, Ley*», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez de la Universidad de Granada*, núm. 13, fasc. 2, 1973
- OLIVENCIA, MANUEL, «*La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio*». *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, 498-526, Madrid 1978
- ORTIZ SÁNCHEZ, MÓNICA y PÉREZ PINO, VIRGINIA, «*Diccionario jurídico básico*», 6ª ed., Tecnos, Madrid 2012
- PANTALEÓN PRIETO F., «*Asociación y sociedad*», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, *Anuario de derecho civil*, Vol. 46, Nº 1, 1993
- PANTALEÓN PRIETO, F., «*Comentario a la Sentencia de 28 de mayo de 1984*», CCJC, 1984,
- PÁJARO DE SILVESTRI, L., «*El contenido del principio de la buena fe: análisis de la relación contractual del tercer adquirente en pública subasta judicial*», Universidad del Norte, Barranquilla, 2013
- PAZ-ARES, J. C., «*Sobre la infracapitalización de las sociedades*», ADC, 1983
- PAZ-ARES, J. C., «*La infracapitalización. Una aproximación contractual*» *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, número extraordinario, Universidad Autónoma de Madrid, 1994
- PAZ-ARES J. C., «*Uniones de empresa y grupos de sociedades*», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº1, 1999
- PECES BARBA, G., «*Los valores superiores*», *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 4, Madrid 1987
- PÉREZ BERNABÉU, BEGOÑA., «*Levantamiento del velo y responsabilidad tributaria*», *Revista de Información Fiscal*, nº110/2012, 2012

- PINTORE, A., «*Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analítico*» Quaderni Fiorentini 11/12, 1982/1983, t. II, Milano
- PLANIOL, M., «*Traité élémentaire de Droit civil*», revisado y completado por Georges Ripert, con el concurso de Jean Boulanger; t. I, cuarta ed., 1948; t. II, tercera ed., 1949, y t. III, tercera ed., 1948. ADC, fascículo 3, 1949
- PUIG BRUTAU, J., «*La jurisprudencia como fuente del Derecho*», Barcelona, s.f.
- RAWLS, JOHN, «*Teoría de la Justicia*», FCE- Fondo de Cultura Económica, México D.F. 2012
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «*Elementos de Derecho Civil*», t. I, 3, edit. Bosch, Barcelona 1990
- RUBIO GARCÍA-MINA, J., «*Sainz de Andino y la Codificación mercantil*», Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1950
- SÁNCHEZ CALERO, F., «*Instituciones de Derecho Mercantil*», 17ª ed., McGraw-Hill, Interamericana de España, Madrid 1994
- SCARPELLI, U., «*Contributo a la semántica del linguaggio normativo*» en Memoria dell' Academia delle Scienze di Torino, t. 5, parte II, núm 2, Torino 1952
- SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «*La insolvencia de los grupos de sociedades en la Ley Concursal*», Icade, Revista de la Facultad de Derecho, núm. 61, 2004,
- SEBASTIÁN QUETGLAS, R., «*El concurso de acreedores del grupo de sociedades*», Civitas, Pamplona 2013
- SEOANE SPIEGELBERG, J.L., «*El levantamiento del Velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil*». Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, nº42, artículo 1, 11, 2012
- TORRALBA SORIANO, V., «*Comentarios a las reformas del código Civil*», Vol. I, Madrid s.f.; trabajo ampliado en Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales, tomo I, Vol. I, Madrid 1992

- TRÍAS DE BES, «*La limitación de la responsabilidad aplicada a las empresas individuales*», Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN), Tomo 4, 1948
- VALERO AGÚNDEZ, «*La fundación como forma de empresa*» Revista general de legislación y jurisprudencia, núm. 229,3, 1970, Universidad de Valladolid 1969
- VAREILLES-SOMMMIERES, «*Lès personnes morales*», París 1902
- VICENT CHULIÁ, F., «*Compendio crítico de Derecho Mercantil*», Bosch, Barcelona 1993
- VV.AA., «*Memento Práctico Sociedades Mercantiles*», Francis Lefebvre, 2009
- WALTER BIGIAVI, *L'Imprenditore occulto*. Padova, CEDAM – casa Editrice Dott., Antonio Milani 1954