

El «levantamiento del velo jurídico»
en el ámbito de un mismo grupo de sociedades:
¿Un falso debate?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
Doctor en Derecho
Universidad de Bologna
Prof. Tit. (i.) Derecho del Trabajo
Universidad de Jaén

«Cuentan los hombres dignos de fe (pero Alá sabe más) que en los primeros días hubo un rey de las islas de Babilonia que congregó a sus arquitectos y magos y les mandó construir un laberinto tan perplejo y sutil que los varones más prudentes no se aventuraban a entrar y los que entraban se perdían. Esa obra era un escándalo, porque la confusión y la maravilla son operaciones propias de Dios y no de los hombres».

J. L. BORGES. *Los dos reyes y los dos laberintos.*

«Nosotros, que hemos hecho el Universo y el espíritu desorbitados, nos reímos de esta amenaza. En un Cielo ebrio iluminamos los soles que queremos. Mas ello no impide que existan los límites y que lo sepamos».

A. CAMUS. *L'été.*

SUMARIO: I. INTRODUCCION. 1. El problema hermenéutico de los grupos de sociedades como problema puesto a la Teoría General del Derecho: un «agujero negro» del «universo jurídico». 2. La individualización de la empresa con estructura compleja como nueva frontera del Derecho: El prisma privilegiado del iuslaboralista para ensayar una satisfactoria vía de salida. II. DIVERSIDAD DEL CONTENIDO NORMATIVO

DE LAS CATEGORIAS DOGMATICAS Y NUEVAS EXIGENCIAS DE REGULACION: LA PERSONA JURIDICA COMO UN PROBLEMA INTERPRETATIVO SIEMPRE ABIERTO. 1. El unitario sentido evolutivo de los modernos itinerarios doctrinales y legales de una forma permanentemente adaptada en sus «funciones» y «disfunciones» a las nuevas realidades: la persona jurídica ¿una persona vulnerable? 1.1. «Desautorización» legislativa de la concepción esencialista y actualidad de un concepto de contenido variable: La mutación del paradigma de la persona jurídica. 1.2. La nueva «seriedad» de la persona jurídica: restauración de la profundidad de sus significados históricos como problema eminentemente práctico. 2. Una nueva estación de «inmidades» y privilegios: La incorporación del sistema de la persona jurídica a las nuevas formas de empresa como vehículo de normalización de la anomalía en el ordenamiento. 2.1. La contradicción entre la «observación legal» y la «realidad social» como principio organizativo de la empresa: la renovación de los presupuestos para una restauración del equilibrio normativo e institucional roto por la práctica económica. 2.2. Límites de la reconstrucción del Derecho de las nuevas formas organizativas de la empresa como un Derecho privilegiado: permanente autorreferencialidad del concepto de persona jurídica respecto al problema de organización de la empresa. III. EL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» COMO CLAVE PARA LA COMPRESION JURIDICA DE LA EMPRESA DE GRUPO: LAS LECCIONES DE UN METODO «A SUPERAR». 1. Por una «toma en serio» en términos de positividad jurídica del «levantamiento del velo»: crítica de su tradicional configuración como exclusiva manifestación de un puro justicialismo de ocasión. 1.1. Irrenunciabilidad de la idea de positividad: Las teorías del *lifting* como hipótesis emblemática de un nuevo ciclo complejo del proceso de positivización del Derecho. 1.2. La necesidad de conciliar garantías formales y valores sustanciales como imperativo de la positividad: El *lifting* como expresión del principio constitucional de efectividad de la tutela jurídica de una pluralidad de derechos e intereses legítimos. 2. Control del «uso instrumental» de las sociedades mercantiles y empresa de grupo: hipótesis y problemas. 2.1. La revitalización del «*piercing the veil*» como técnica de represión y de prevención frente a los usos instrumentales antijurídicos: «indicios mercantiles» e «indicios laborales» de la «tiranía social». 2.2. Paradojas de la preferencia judicial por un «uso laboral» del «levantamiento del velo» respecto de los mecanismos específicos de control de la interposición: el fraude como norma de cierre del Derecho del Trabajo. 3. Por una recuperación y desarrollo evolutivo de la olvidada dimensión «fisiológica» del «*lifting*»: De la cláusula del «abuso» al «principio de transparencia» de las formas jurídicas como opción de método para la disciplina de la empresa de grupo. 4. La insuficiencia a pesar de todo del «*lifting*» como clave de lectura de la actual complejidad social y normativa de las nuevas formas de empresa: *Más Allá De La Persona Jurídica*.

I. INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA HERMENÉUTICO DE LOS «GRUPO DE SOCIEDADES»: UN «AGUJERO NEGRO» DEL «UNIVERSO» JURÍDICO.

Los «grupos de sociedades» constituyen la unidad elemental de los actuales sistemas económicos, tanto en el sector productivo como en aquel financiero (1). Tanto es así que, lo que todavía hoy acostumbramos a denominar, según una categoría conceptual que resulta meramente convencional, «gran empresa», se manifiesta realmente desde hace ya largo tiempo en forma de grupo. Ahora bien, este paso de la empresa social autónoma y plenamente soberana a la empresa con estructura de grupo (*empresa colectiva articulada*) que implica la relatividad de la autonomía societaria y la limitación de su soberanía formal tradicional, no conlleva implicaciones meramente formales sino que, al contrario, impulsa dinámicas cualitativas, de tal entidad que, la nueva estación de incisivas reformas que induce en la organización de la empresa, somete a una difícil prueba de resistencia a los más experimentados escenarios de las disciplinas económicas y jurídicas. En este sentido, y aunque la forma de grupo no constituye una innovación organizativa reciente, antes al contrario, debe enumerarse entre las técnicas organizativas más experimentadas e histórica y culturalmente datadas (2), lo cierto es que, en los últimos tiempos, se ha generalizado el recurso a esta solución jurídica y organizativa de grupo, hasta el punto de adquirir una creciente prevalencia, e incluso hegemonía, como *nuevo modelo jurídico de estructura organizativa de la actividad de empresa*, auténtico «sujeto económico» y «socio-político» protagonista principal de las grandes transformaciones económicas, productivas, tecnológicas, organizativas y financieras del sistema, y de las cuales se registraría en nuestros días una aceleración e intensificación (3).

(1) Se acoge en este momento inicial la formulación más tradicional, al objeto de una precisa y pronta identificación del tema de investigación, aunque no se ignora que existen diversas opiniones respecto a la corrección de esta locución: unos, particularmente los iusmercantilistas, hablan de «grupos de sociedades», por su parte, los iuslaboralistas suelen preferir la expresión «grupos de empresas», y otros hablan ya directamente de «empresa con estructura de grupo» o «empresa colectiva articulada», recogiendo en una misma expresión la especificidad de esta nueva forma organizativa: la unidad plúrima o múltiple. Esta última locución es la que, pues, nosotros estimamos más acorde.

(2) *Cfrs.* en este sentido G. SCHIANO DI PEPE. *Il gruppo di imprese*. Quadern giur. comm. n. 112. Giuffrè. Milano. p. 1.

(3) Incluso la compleja fenomenología que hoy subyace a la categoría de «empresa menor» tiende a adoptar estructuras y estrategias orientadas a formas subjetivamente complejas. *vid.* IRER. *L'innovazione organizzativa nell'industria minore. Lo sviluppo per gruppo industriale*. F. Angeli, 1988. partic. pp. 11-12.

En cualquier caso, la problemática de la «*forma-grupo*» adquirida por la empresa moderna se coloca en el mismo centro de la atención de los más variados estudiosos, observadores e incluso autoridades públicas a consecuencia de la extraordinaria incidencia que los grupos han asumido en la vida de los diferentes países, incluido el nuestro, tal y como acreditan las más recientes convulsiones de nuestro sistema financiero y empresarial. Más en particular, de cara a las nuevas oleadas de adquisiciones —y escisiones— con las cuales los grandes grupos tratan de crecer y reforzarse, con enorme frecuencia, se plantea el problema de dilucidar cuándo, y en qué medida, son funcionales a la consecución de dimensiones competitivas adecuadas, en términos de economía de escala y de competitividad, para hacer frente a los nuevos escenarios internacionales, en una economía especialmente globalizada, («*fisiología*» del sistema) y cuándo tales operaciones se resuelven, en cambio, en la creación de inaceptables posiciones de poder y capacidades de condicionamiento del ambiente relacional, afectando incisivamente otros intereses igualmente legítimos implicados («*patología*» del sistema).

En consecuencia, se comprende fácilmente cómo, los grupos financieros y/o empresariales, suscitan un múltiple interés y son objeto de estudio desde una multiplicidad de ángulos visuales: desde la economía de la empresa (respecto a la evolución y a las condiciones de éxito de la empresa), desde la economía industrial (en relación al desarrollo de los procesos competenciales y de las estructuras del mercado), la política (respecto a la necesaria preocupación por promover, según el propio mandato constitucional, un desarrollo equilibrado de la economía), y, claro está, desde el prisma del sistema de Derecho, con objeto de adecuar permanentemente las normas a las exigencias de organización y tutela de los intereses en juego. Es obvio que es este último perfil el que nos va a ocupar especialmente, aunque desde una perspectiva particularmente limitada, sin perjuicio de reconocer que, una aproximación a este tema, exige un análisis interdisciplinar —tantas veces proclamado por el jurista y tan pocas veces practicado— para captar la densidad concreta de los problemas suscitados por este fenómeno.

Por tanto, una reflexión jurídica sobre los «grupos de sociedades» (y/o de empresas), reenvía inexorablemente a temas de más amplio alcance desde el punto de vista de la Teoría general del Derecho contemporáneo. El problema jurídico de los grupos nos conduce a una desconcertante encrucijada entre dos de los temas claves, y también más espinosos, de la Ciencia jurídica: el *problema interpretativo de la persona jurídica*, y más en general, del concepto de sujeto de Derecho, y el *problema interpretativo de la empresa*, es decir, el trágico dilema entre la concepción «formal» o concepción «realista» de la persona jurídica o entre el tradicional concepto subjetivo de empresa o, el más moderno, concepto objetivo o «socio-económico». La cuestión del Derecho y los Grupos, por tanto, llama directamente en causa el clásico problema de las relaciones entre Derecho y Economía, más particularmente, la relevancia del concepto de organización en el mundo jurídico. En

definitiva, la reflexión jurídica sobre los grupos reenvía al difícil y espinoso *problema del gobierno de la empresa*, ofreciendo una ocasión privilegiada para replantear el tema de las relaciones entre las diversas ramas del sistema de Derecho que tienen como centro de imputación primordialmente la empresa, su estructura y estrategia de organización y funcionamiento, y particularmente, *obliga a revisar sobre nuevas bases las tradicionales relaciones entre el Derecho societario, y más en general el Derecho mercantil, y el «nuevo» Derecho del trabajo, gestional y racionalizador.*

Ahora bien, la remisión al complejo problema del gobierno de la empresa no puede significar otra cosa que impulsar una reflexión sobre el más amplio problema de las actuales formas y principios de gobierno de la economía y del mercado por el Derecho, por lo que, en definitiva, es inevitable concluir que la cuestión de derecho suscitada por los grupos de sociedades, fenómeno ahora ya auténticamente jurídico, *pone un problema de teoría general del Derecho*, y sólo la adecuada conciencia de esta dimensión global permitirá encontrar una satisfactoria vía de salida al *impasse* en que en estos momentos se encuentra la reflexión metodológica sobre el Derecho positivo de los grupos, urgida hoy de un intenso movimiento de renovación. En efecto, tal es la densidad problemática que aglutina la multiforme fenomenología de los grupos, tal es la complejidad de reenvíos y tal es el número de encrucijadas en que coloca al jurista, dificultando extraordinariamente la posibilidad de proyectar un haz de luz —un principio de solución— para encontrar un camino más satisfactorio en orden a su disciplina jurídica, que bien podría configurarse —por recurrir nuevamente al lenguaje metafórico tan al uso en esta materia— como un auténtico y genuino «*agujero negro*» del «*universo jurídico*», en el que la persistencia de múltiples incertidumbres, imprecisiones y paradojas sigue manteniendo el misterio que ha venido rodeando históricamente la «*realidad*» de los grupos de sociedades, pareciendo destinados a moverse permanentemente entre la *Ciencia jurídica —y el Derecho— «real»* —la que construye y racionaliza de manera directa y preferente los datos ofrecidos por las diversas fuentes de producción del Derecho— y la *Ciencia jurídica —y el Derecho— «ficción»* —la que se empeña en simplificar una realidad compleja, desconectando la reflexión del dato normativo y del dato empírico, hasta el punto de inventar, en realidad, una realidad distinta, que no existe, que no ha existido, y que quizás no exista nunca, suministrando falsas explicaciones sustancialistas o formalistas—.

Ciertamente, los grupos de sociedades, tienen la virtud de servir de punto de conexión y de canal conductor de una prácticamente indefinida variedad de «galaxias» y de «pequeños universos» tanto jurídicos como extrajurídicos. Así, en primer lugar, obligaría al jurista a moverse con una intensidad hasta ahora desconocida por la inmensidad e incertidumbre del universo económico —y empírico en general—, sometido a permanente innovación y cambio, puesto que sus aportaciones resultan indispensables para captar el espesor concreto de los proble-

mas suscitados por los grupos, evitando la tradicional acusación de atrincherarse obstinadamente en un «subuniverso» impenetrable. Pero además, y sobre todo, en segundo lugar, le impulsa a *enfrentarse a nuevos y originales usos de clásicos, pero hoy actualísimos, instrumentos jurídicos*, como son el contrato y la persona jurídica societaria, así como el principio propietario, entendido no tanto en el más limitado y tradicional sentido como derecho de propiedad sino en la más amplia y acepción de principio fundamental de organización del sistema social, renovado o transformado profundamente en esta función pero no por ello «superado». Precisamente, la especificidad y la complejidad de estos nuevos usos está, continuando con la metáfora del «agujero negro», en la capacidad de la empresa de grupo de «reciclar» o transformar los elementos que en ella penetran, de modo que, el artificio de grupo, sirve para mutar la forma jurídica contractual en formas extracontractuales —tornando las relaciones formalmente de intercambio en situaciones de desplazamiento o distribución de recursos en el seno de un mismo ámbito organizativo— y la forma jurídica societaria en posiciones extrasocietarias, como nueva técnica de gestión y nuevo modelo de organización indirecta de la actividad de empresa, permitiendo el acceso del orden económico —nuevo Derecho creado en vía de hecho— en el orden jurídico vigente y preconstituido.

En lógica consecuencia derivada de esta función de morfogénesis jurídica que, en cuanto alteración del equilibrio precedente, como luego veremos brevemente, es necesariamente anómala y necesariamente recurre al medio de la «ilusión» o del «espejismo» de la juridicidad, aunque cumple una función útil para el desarrollo de las fuerzas productivas, el jurista, que no se limita a una mera función notarial de lo que sucede en la realidad, canonizando sin más la realidad económica como realidad jurídica, debe batirse nuevamente, y desde principios y valores ahora profundamente mutados, no sólo en la vida social sino, y lo que es más importante para la observación jurídica, en el sistema normativo, con problemas de política jurídica de un radio de acción extraordinariamente amplio: las relaciones entre «forma» y contenido de los conceptos jurídicos, relaciones entre la ley y la justicia material, las relaciones entre la libertad —ética de la voluntad— y la (auto)responsabilidad por las decisiones —ética de la responsabilidad—, relaciones entre tutela de la «persona» y tutela organizativa del «mercado», etc... (4). No puede sorprender, pues, desde esta perspectiva, que, y emerge de nuevo el símil de los «agujeros negros», la cuestión de derecho puesta por los grupos constituya un ámbito particularmente privilegiado para reflexionar sobre el sentido evolutivo del entero sistema de Derecho contemporáneo en general, y del Derecho privado en particular, sumi-

(4) *Cfrs.* desde una perspectiva general P. BARCELLONA. «Scenario dei mutamenti e strategie in azione». *Democrazia e Diritto*. 1988-1.

nistrando importantes elementos de análisis y de comprensión sobre la estructura diversificada y la función transaccional y organizativa —racionalidad funcional e instrumental— adquiridas por los Ordenamientos positivos en la época más reciente. Ahora bien, esta conexión de la figura de los grupos con problemas más globales, que por tanto podrían significar añadir mayores dosis de indeterminación y complejidad a un tema ya de por sí altamente impreciso y enigmático, lejos de condenarlos irremisiblemente a formar parte de la más pura y arraigada mitología de la Ciencia jurídica —como ocurrió con el concepto que le sirve como principio constitutivo, la persona jurídica—, pretende encontrar significativos puntos de luz, capaces de imponer una precisa opción a favor de la comprensión en términos jurídicamente significativos de las nuevas formas de empresa. Así, como evidencia la teoría más reciente sobre los «agujeros negros», ni son tan negros como tradicionalmente se nos ha hecho creer ni tampoco son eternos, impulsando más bien las exigencias de un conocimiento más preciso, capaz de proporcionarnos una metodología explicativa de la racionalidad o principio de coherencia del nuevo Derecho positivo de los grupos, ya existente y en desarrollo legislativo, judicial, convencional y doctrinal permanente, en particular, y del Derecho contemporáneo en general (5).

El jurista, sin embargo, frente a estos múltiples y complejos desafíos se encuentra un tanto desorientado. Porque para responder a estos retos, en parte tradicionales pero en buena parte nuevos, sigue acudiendo, hasta el momento y por lo general, a las técnicas jurídicas clásicas y, sólo con extraordinaria timidez y enorme precaución o cautela —tan cara al mundo jurídico— se aventura a internarse en el mundo de la innovación y experimentación de nuevas técnicas de comprensión jurídica de los hechos socio-económicos en evolución y de nuevas fórmulas de organización de la acción, y en consecuencia de la responsabilidad, de los nuevos sujetos protagonistas y de las nuevas categorías de intereses en juego. El jurista en general no es consciente de que el problema de los grupos confirma una *notoria insuficiencia, y en ocasiones, una significativa inadecuación, de las técnicas jurídicas vinculadas a un pensamiento histórico y culturalmente datado* (6).

Precisemos esta última observación conclusiva, ciertamente problemática. Es razonablemente seguro afirmar que, tanto en la unánime jurisprudencia como en buena parte de la doctrina civilista, mercantilista y laboralista, el problema de la calificación o encuadramiento ju-

(5) La inspiración para el recurso —más o menos afortunado— a la metáfora de los agujeros negros se ha extraído de la lectura de libro de S. HAWKING. *Agujeros negros y pequeños universos y otros ensayos*. Trad. al castellano 1994. en partic. pp. 111 y ss., 125 y ss.

(6) Lo que no significa ni puede significar en modo alguno desconocer los valiosos instrumentos que proporcionan «reflexiones y constataciones de desconcertante actualidad que todavía hoy constituyen el punto de partida para una aproximación razonada del estudio del grupo de empresas y de las temáticas conexas». *Cfrs.* G. SCHIANO DI PEPE. *Il gruppo di imprese*. *op. cit.* p. 2.

rídico del grupo de empresas se resuelve —aunque realmente, como luego trataremos de acreditar, se eclipsa o disuelve— en el *problema de las relaciones entre grupo societario y personalidad jurídica* en un complejo ámbito organizativo y económico de empresa. En consecuencia, todo principio de solución relativo al tema de los grupos suele aparecer, en última instancia, como un *problema de método interpretativo del concepto de persona jurídica*.

Sin embargo, en nuestra opinión, este movimiento centralizador prefigura un *falso binomio*, o una falsa dicotomía, o un falaz punto de partida basado en una relación altamente equívoca y ciertamente no correctamente planteada, que gira en torno a una reconstrucción metodológicamente improductiva, en la medida en que no sólo resulta incompleta y por tanto insuficiente, sino que además y sobre todo, implica una orientación que no permite comprender adecuadamente en términos jurídicos la complejidad y la auténtica novedad de los datos más característicos del fenómeno. El resultado es una *manifiesta situación de reductivismo sistemático y problemático, y de deformación conceptual e incluso normativa que, por tanto, conduce a una alternativa también falsa y que en realidad encierra un auténtico «círculo vicioso»*, entre la total irrelevancia del fenómeno de los grupos de empresas, en cuanto realidad económica indiferente para el Derecho, o una limitada relevancia según el clásico mecanismo de la *regla/exceptión* actuado por la doctrina del «levantamiento del velo» (7).

Es precisamente esta extraordinaria capacidad de condicionamiento, que aparece como un auténtico «síndrome», de la personalidad jurídica la que justifica que, por un lado, el Derecho Mercantil, se haya centrado básicamente sobre los problemas de tutela de los intereses de los socios «externos» y de los acreedores, y que, por otro, el Derecho del Trabajo, se limite casi exclusivamente al problema de identificar el «efectivo» o «verdadero» centro de poder y de decisión en el ámbito del grupo, al objeto de imputar las responsabilidades empresariales de orden laborá (8). Para salir pues de esta manifiesta situación de *impasse* es

(7) Para esta «impresión» de extremado condicionamiento e hipervaloración del concepto de persona jurídica *vid.* G. MELIADO, «I persistenti dilemmi del lavoro nelle società collegate». En *Collegamento di società e rapporti di lavoro*. Giuffrè. Milano. 1988. p. 57. Para esta tradicional imagen «excepcional» de la doctrina del «levantamiento del velo», que se presenta, incorrectamente en nuestra opinión según tratemos de argumentar posteriormente, como «unánime» en la doctrina, *vid.* J. M. EMBID IRUJO, últimamente en «*El levantamiento del velo de la Sociedad Anónima. (Doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad)*». Tribuna Social. n. 17. 1992. p. 8.

(8) Para la doctrina mercantilista *cfrs.* por todos la monografía del prof. J. M. EMBID IRUJO. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*. M. Justicia. Madrid. 1987 y J. DUQUE DOMÍNGUEZ. «Los problemas generales planteados por los grupos con especial referencia al Derecho Mercantil». Jornadas sobre los Grupos de Sociedades organizadas por la CEOE y publicadas en un volumen de 197, y más reciente del mismo autor «El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española», *Rev. Der. Banc. y Burs.* n. 35. 199, pp. 465 y ss. Para un interesante resumen de la doctrina

necesario liberarse de la servidumbre de la persona jurídica, que aparece como un falso problema y como un propio y «verdadero» sofisma, y proceder a un global repensamiento crítico del fenómeno examinado, que exprese un juicio liquidatorio en relación a todas aquellas orientaciones tendentes a afirmar la sustancial neutralidad de este nuevo modelo de empresa en relación a los tradicionales conceptos de empresario y empresa.

2. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA EMPRESA CON ESTRUCTURA COMPLEJA COMO NUEVA FRONTERA DEL DERECHO: EL PRISMA PRIVILEGIADO DEL IUSLABORALISTA PARA ENSAYAR UNA VÍA DE SALIDA

Esta dirección metodológica revisora, si resulta necesaria para las diversas ramas del Derecho en las cuales la noción de empresa representa una pieza clave de sus esquemas y valoraciones normativas, tal como hemos apuntado anteriormente, aún resulta más obligada y reviste una particular significación en el Derecho del Trabajo, porque el parámetro de la persona jurídica o de la concreta forma jurídica asignada por el Derecho Mercantil a la organización de la actividad empresarial, resulta neutral o aparece como totalmente extraña para la resolución de los diversos conflictos de intereses que constituyen su objeto. Como deriva inequívocamente del art. 1.2 ET, en relación al sistema de garantías laborales establecido por los arts. 42, 43 y 44 ET a cargo de todos aquéllos que participan, directa o indirectamente, en el ejercicio de una «misma actividad» empresarial y para la satisfacción de un propio interés económico y organizativo, la persona jurídica no constituye la razón de ser de esta singular disciplina, sino que lo es la «empresa». *El problema jurídico de los grupos se encuadra así, en el problema hermenéutico de la empresa, en relación a los parámetros interpretativos de los diversos sectores normativos que componen el sistema global de acción colectiva de esta organización socio-económica.*

jurisprudencial en el ámbito laboral puede verse recientemente la STS, Sala 4, de 30-6-1993, en la que se hace un amplio estudio de la actual normativa mercantil, fiscal y laboral que refieren, aunque sea fragmentariamente, a los grupos de empresas. Para la doctrina laboralista puede verse el estudio del prof. L. M. CAMPS RUIZ. *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*. M. Trabajo. 1986 y el del prof. J. L. MONEREO PÉREZ. «Aspectos laborales de los grupos de empresas». REDT. 1985. Recientemente vienen siendo objeto de consideración algunas problemáticas en relación a las relaciones colectivas, centradas principalmente en la configuración del grupo como un nuevo nivel de contratación empresarial o como lugar privilegiado para la verificación de los modernos proyectos de democracia industrial, más o menos juridificados, particularmente en relación al Derecho Comunitario, según la Carta comunitaria de derechos fundamentales y la Propuesta de Directiva de 1991 en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Además adquieren un lugar privilegiado de análisis las diversas cuestiones abiertas en torno al problema de la *circulación de trabajadores en el interior del grupo*.

Ahora bien, la notoria sensibilidad alcanzada por el Derecho del Trabajo español respecto a los problemas suscitados por los grupos, por obra casi exclusivamente de la jurisprudencia con apoyo de la doctrina —al igual que ha sucedido en general para las orientaciones favorables al «corrimento» del velo de las corporaciones societarias— no debe pasar desapercibida para civilistas y mercantilistas, creadores de las técnicas desarrolladas en el ámbito laboral a estos efectos. En este sentido, a pesar de las notorias incertidumbres normativas y conceptuales de esta jurisprudencia, es posible encontrar en esta consolidada línea jurisprudencial elementos que podrían facilitar, para otros ámbitos normativos, la superación de la simultánea *sobrevaloración* del concepto de persona jurídica, y de la eventual necesidad de articular técnicas para la represión de su «abuso» o utilización meramente instrumental, y de la *infravaloración* del contenido normativo de este concepto, así como de los ámbitos normativos en los cuales el mismo está destinado a operar. La individualización de un principio de solución para las múltiples cuestiones planteadas por los grupos al Derecho del trabajo, en consecuencia, permite recuperar para la Ciencia jurídica en general buena parte de la complejidad de la problemática —que no se agota en modo alguno en el ámbito de los grupos fraudulentos o «pseudo-grupos»— y, en todo caso, arroja un significativo haz de luz sobre el método reconstructivo e interpretativo adecuado, sumido hasta el momento, como hemos indicado, en una persistente oscuridad.

En esta línea, el análisis histórico y comparado, nos permite evidenciar cómo es en el Derecho del Trabajo de los diversos países donde es posible registrar los más significativos esfuerzos encaminados a integrar en el ordenamiento vigente un determinado tipo de fenómenos socio-económicos, superando el tradicional culto al dogma de la personalidad jurídica y, al mismo tiempo, evidenciando con señales inequívocas el mismo carácter reductivo y falseador de este modo de plantear tan compleja problemática. Lo que presenta unas dimensiones y unas determinadas implicaciones que exceden el inicial campo iuslaboral para proyectarse progresivamente en todo el perímetro del sistema global de empresa. De nuevo este tema confirma, con particular intensidad, *un fenómeno típico de la moderna experiencia jurídica: el carácter de vanguardia o, incluso, la propia primacía del Derecho del trabajo en la evolución del sistema de Derecho contemporáneo, particularmente del Derecho privado, cumpliendo una función que tradicionalmente había correspondido al Derecho Mercantil.* En este sentido, son múltiples los principios jurídicos que, primeramente advertidos en su planteamiento problemático y en su solución allí donde con una mayor agudeza se plantea el problema «bajo el aspecto humano y social», posteriormente se extienden y se generalizan en otros campos. Por tanto, no es tanto un tema de «fraccionamiento del sistema jurídico; es un hecho de tiempos diversos, de desarrollo en el tiempo», de modo que, sin perjuicio de la necesaria autonomía normativa e incluso conceptual, no creemos posible acudir a la vía de afirmar que,

en el Derecho del trabajo, «un mismo fenómeno pueda tener una configuración diversa a la de otras partes del Derecho privado» (9). Otra cosa distinta es la diversidad de parámetros interpretativos, como luego veremos.

En efecto, ya que la necesidad de afrontar jurídicamente los problemas inducidos por la emersión hegemónica del fenómeno de los grupos deriva, en buena medida, de la tendencial difuminación o evaporación de la imagen tradicional y «normal» del empresario y de la empresa, contribuyendo decisivamente al incremento de los ya de por sí elevados índices de opacidad y de invisibilidad de las fronteras de los nuevos modelos de organización económica, en otro tiempo precisas y definidas en la esfera jurídica de una persona física o de una persona jurídica societaria. En cambio, en los momentos actuales, aquella identidad socio-económica típica resulta crecientemente disuelta o sustituida por una densa red de relaciones sociales y jurídicas, contractuales y extracontractuales, societarias y extrasocietarias que vinculan o ponen en relación, de modo indirecto o mediato, a los diferentes sujetos implicados en las más variadas situaciones jurídicas con el sujeto (o sujetos) que, en vía de hecho, dirige, organiza y se beneficia en última instancia de las diversas prestaciones negociales, es perfectamente comprensible que, la doctrina legal y científica, tanto iusmercantilista como sobre todo iuslaboralista, haya ensayado una doble vía inspirada en una matriz común: el uso desviado o abusivo de la persona jurídica. Ahora bien, la estrategia de transposición de estas técnicas al Derecho del Trabajo revela, si examinan en profundidad y al margen de la variopinta argumentación seguida en cada decisión, significativos aspectos de singularidad y de novedad, fundamentalmente residenciados en el recurso a una «específica» y «autónoma» noción de empresa —ex art.1.1 en relac. art.1.2. ET— como referente propio de las relaciones de trabajo a efectos de garantizar la efectividad de las normas laborales (10). Aunque no nos interesa en este momento realizar la crítica que semejante planteamiento merece, desde la corrección de su fundamentación normativa y conceptual, si sirve para poner de relieve cómo, en esta zona de frontera del sistema jurídico, el problema de

(9) Para esta constatación, *vid.* últimamente —aunque es algo advertido por los grandes maestros del Derecho Mercantil moderno— F. GALGANO. «Unita e pluralità di imprese nei gruppi di società». En *Collegamento di società e rapporti di lavoro*. Giuffrè. Milano. 1988. p. 18.

(10) *Cfrs.* últimamente STS 30-6-1993. Para la última síntesis expositiva de la jurisprudencia de la Sala Social en este sentido evolutivo *vid.* F. RODRÍGUEZ SANUDO. «Relación laboral y grupo de empresas en la jurisprudencia». En *X Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*. Trotta, 1992, pp. 325 y ss.

la eventual configuración de un centro de referencia normativa diverso al exteriorizado por la forma se ha realizado, pese a la aparente y un tanto paradójica preferencia por un *uso laboral de la clásica técnica del levantamiento del velo*, como luego veremos, atendiendo en realidad, y en última instancia, a reglas y principios normativos propios de este sector, acreditando una relativa capacidad de normalizar y tipificar las prácticas de la empresa de grupo, pese a la ausencia de una disciplina legislativa expresa en materia, a través del recurso a criterios de integración sistemático-sistémica. En este sentido, no por casualidad, la disciplina del trabajo subordinado deja emerger una secuencia de intereses subjetivos cuyo tradicional referente no es la persona jurídica societaria, ni la autonomía patrimonial, sino la empresa.

Ahora bien, esta diversa forma de plantear el problema de la calificación de los grupos, advertido inicialmente en el Derecho del trabajo, presenta dimensiones y conlleva implicaciones con un radio de acción muchísimo más amplio, y adquiere un significativo valor sistemático, puesto que, en realidad, se presenta con rasgos similares en todos y cada uno de los planos donde se exponen con particular intensidad los problemas de la empresa —mercantil, fiscal, societario, competencial, consumo, medio ambiente, industrial etc...—. En todos ellos, la búsqueda del equilibrio entre el pretendido obstáculo normativo y conceptual de la regla de autonomía y la eventual calificación unitaria de la unidad económica de la empresa de grupo, suscita y requiere un similar juicio de valoración de estas prácticas y comportamientos, como veremos mejor a lo largo de la investigación, revelando que, a estos fines, múltiples, crecientes y heterogéneos, de poca utilidad resulta el tradicional planteamiento de la «superación», «desconocimiento» o «levantamiento» del velo de la persona jurídica societaria que, en el fondo, implica una opción reductiva y falseadora, un pseudoproblema que hoy exige ser, él mismo, «superado» o abandonado. De ahí, la necesidad y urgencia de afrontar, y no sólo indicar, pues, un esfuerzo renovador del tipo de reflexión dominante en esta materia, para lo que será útil recordar el valor transitivo y desmitificador de los conceptos dogmáticos tradicionales de ramas más cercanas a las nuevas aspiraciones sociales de justicia y racionalidad económica, como son el Derecho del Trabajo, el propio Derecho Tributario y el mismo Derecho de la competencia, en particular en su formulación comunitaria (11).

(11) Sugerentes indicaciones se extraen en esta dirección renovadora en los estudios sobre el Derecho comunitario de la competencia, hoy recibido en buena medida por nuestro Derecho de la libre competencia. *vid.* F. DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*. Giuffrè. Milano. 1984.

De ahí que el núcleo central del estudio no sea el analizar en profundidad la múltiple gama de problemas planteados por la realidad de los grupos de empresas al sistema de Derecho, ni aquéllos más específicamente laborales (12), sino que se trata más limitadamente —porque lo consideramos paso previo obligado— de reproponer críticamente el mapa de aquellos esquemas interpretativos y vías explicativas, seguidos por la doctrina y por la jurisprudencia para moverse en esta materia. Se trata de verificar, en definitiva, ya desde un plano más abstracto del método, cómo desde aquél más concreto de la operatividad práctica, la corrección y al mismo tiempo la utilidad de los resultados a los cuales es posible llegar siguiendo una metodología de investigación centrada todavía hoy en la visión del grupo como problema interpretativo de la persona jurídica y más en general de la subjetividad. El tema nos parece dotado de la mayor relevancia, en la medida en que esta reflexión nos permitirá concluir que ni, la artificiosa creación de un nuevo sujeto de derecho no personificado, a quien imputar las relaciones jurídicas, en particular las de trabajo, ni las diversas formas del «levantamiento del velo» resultan en absoluto satisfactorias para un tratamiento jurídico sistemático y global de la entera problemática suscitada por los grupos. En este sentido, plantear el tema según los clásicos términos de los multiseculares estudios de la persona jurídica, focalizados en la contraposición de «forma» y «realidad», el problema no puede no seguir la suerte conocida: la pretendida insolubilidad del «problema sin final» de la persona jurídica. Lo que proyecta una visión tan simplificada y deformante como inefectiva de la multiforme problemática.

Ahora bien, la definitiva y urgente liberación de la pesada hipoteca con que la «concepción» de la persona jurídica viene gravando el problema jurídico de los grupos de empresas, no sólo no exime sino que obliga ineludiblemente a estudiar el sentido de la evolución del problema hermenéutico de la persona jurídica, tal y como se presenta en la más reciente experiencia jurídica. El planteamiento de una básica «metodología dialéctica», que se centra en una primera estrategia de carácter negativo, orientada a la liberación de todo «saber falso» y conducente a una *situación aporética* (13), no nos lleva, sin embargo, a entender este momento de la aporía como algo absolutamente estéril.

(12) Para un análisis en profundidad de estos temas, tanto desde una perspectiva de Teoría general del Derecho como de la más específica perspectiva iuslaboral nos permitimos reenviar a nuestra tesis doctoral, *Las relaciones de trabajo en la empresa con estructura de grupo*, leída en BOLOGNA el 23-6-1992, todavía inédita pero en vía de publicación.

(13) Se trata como es sabido de la conocida «mayéutica purificadora de Sócrates». *cfr.* L. CASTRO NOGUEIRA, en *Introducción a los DIALOGOS DE PLATON*, Colección Austral. Espasa-Calpe. Madrid. 1986. pp. 16 y 17.

Antes al contrario, y puesto que el Derecho es esencialmente «experiencia», un breve recorrido por el estado actual del debate económico y jurídico sobre la persona jurídica puede arrojar, pese a las fuertes sombras apenas señaladas, ciertas luces para una adecuada revisión del problema *de quo*. Y ello porque, como pusiera de manifiesto una autorizada doctrina, el problema de los conceptos jurídicos, lo que es especialmente trasladable a la legendaria y todavía algo mágica persona jurídica, se resuelve fundamentalmente en su «relatividad» y en su «historicidad», es decir, «en la historia de sus múltiples y mutables concepciones, identificándose enteramente en ella, con todas sus inherencias, sus conexiones, sus condicionamientos, sus vuelos y sus caídas» (14). Por eso sería un grave error retener que tales orientaciones carecen del mas mínimo valor, condenándolas o «demonializándolas» como «secas discusiones» (15), resultando en cambio mucho más útil tratar de coger toda su plenitud de significado en la propia dinámica evolutiva del Derecho y de la Ciencia jurídica. E incluso de este debate será posible extraer algunas lecciones de método significativas para un adecuado planteamiento del problema de la reconstrucción sistemática de las relaciones jurídicas, particularmente de las relaciones de trabajo, en el interior de la empresa colectiva de grupo.

II. DIVERSIDAD DEL CONTENIDO NORMATIVO DE LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS Y NUEVAS EXIGENCIAS DE REGULACIÓN: LA PERSONA JURÍDICA COMO UN PROBLEMA INTERPRETATIVO SIEMPRE ABIERTO

1. EL UNITARIO SENTIDO EVOLUTIVO DE LOS MODERNOS ITINERARIOS DOCTRINALES Y LEGALES DE UNA FORMA PERMANENTE ADAPTADA EN SUS «FUNCIONES» Y «DISFUNCIONES» A LAS NUEVAS REALIDADES: LA PERSONA JURÍDICA ¿UNA PERSONA VULNERABLE?

La labor de «tipificación» jurídico-sistemática realizada por la jurisprudencia —con apoyo e impulso de la doctrina científica— de los nuevos modelos evolutivos de organización económica, que tiene en la *empresa con estructura de grupo* su paradigma más característico, y vista la persistente ausencia de un marco legislativo general y orgánico, ha encontrado en la mayoría de los Ordenamientos el criterio más firme, seguro y constante de valoración, ordenación y «racionalización» en la *moderna teoría de la persona jurídica*. Lo que permite confirmar que, el conocido proceso de reacción y revisión crítica de la

(14) Cfr. R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi. Persone giuridiche*. Il Mulino, Bologna, p. 85.

(15) Cfrs. para este juicio liquidatorio O. MAZZOTTI A, «Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese», *Lavoro e Diritto*, 1988, p. 368.

mejor doctrina civilista y mercantilista —a excepción de algunos juicios radicalmente liquidatorios de ciertas teorías revisionistas en sentido «fuerte» (16), que en general no han tenido excesivas consecuencias— y de la prácticamente unánime jurisprudencia, no se ha dirigido tanto a desvalorizar la persona jurídica como técnica de «creación» o multiplicación de centros impersonales de intereses y responsabilidades (17).

De este modo, la tradicional imagen enigmática y misteriosa de esta legendaria cuestión, que ha envuelto permanentemente su planteamiento y, por tanto, su posible solución, se resiste a un definitivo «desvelamiento». En consecuencia, el concepto de persona jurídica, parecería destinado a permanecer como *un problema siempre abierto y sin final* (18). Sin embargo, no creemos que, en el actual estado de evolución de la Ciencia jurídica y de los propios sistemas de Derecho, sea aceptable ni conveniente un juicio escéptico acerca de su significación y alcance como un auténtico *problema hermenéutico, que impone una opción a favor de una comprensión jurídicamente significativa en sentido estricto*.

(16) *Cfrs.* G. ROSSI, que considera que el término persona jurídica «está totalmente privado de referencia a particulares contenidos normativos», por lo que «no queda más que abandonar toda construcción jurídica sobre la "persona jurídica"», p. 95, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*. Giuffré. Milano. 1967, p. 95.

(17) Para su imagen de procedimiento o expediente de simplificación y unificación de situaciones jurídicas *cfrs.* T. ASCARELLI. «Personalità giuridica e problemi delle società». En *Problemi giuridici*. Tomo I. Giuffré. Milano. 1959. pp. 997 y ss., y 1004 y ss. Para una reconstrucción detenida de las funciones generales y específicas de la atribución de la persona jurídica *vid.* F. CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Tecnos. Madrid. 1984. pp. 79 y ss., 109 y ss.

(18) Entre las nuevas piezas normativas que sirven de recambio para mantener viva la polémica, debemos destacar la XII Directiva del Consejo de la Comunidad 89/67/CEE 21-12 sobre la Sociedad de responsabilidad limitada de socio único, que viene a reforzar una precedente intervención legislativa en propósito en diversos Estados nacionales (*cfrs.* J. DUQUE DOMÍNGUEZ, en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Madrid. 1991, pp. 243 y ss.); la generalización en el Ordenamiento Constitucional y legislativo de los «centros impersonales de interés» así como de los grupos no personificados (*cfrs.* art. 9.2 CE; art. 7 LOPJ, art. 1.2 ET, art. 16 nueva Ley Procesal laboral R.D. Legislativo 521/1990, de 27 de abril); el Reglamento Comunitario n. 2137/85, del Consejo de 25-6, relativo a los Grupos Europeos de Interés Económico (G.E.I.E), que crea un nuevo grupo centro de imputación, cuya personificación se deja a la libre voluntad de los Estados nacionales, pero que en cualquier caso no impide esta dimensión como centro autónomo y diverso de imputación jurídica, en cuanto que reconoce la capacidad jurídica del grupo, dejando al libre arbitrio del legislador nacional —según sus propias tradiciones culturales y sus principios jurídicos fundamentales, el otorgar o no personalidad jurídica (*cfrs.* el debate italiano, cuyo R.D.Legis. de 1991 de incorporación no otorga personalidad, a diferencia de la Ley española 12/1991 que sí la otorga, *vid.* en relación al derecho francés Claude DUCOULUX FAVARD, «Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) e la società europea (SE)», *Riv. dir. comm.* n. 1-2, 1992, pp. 13 y ss.); el problema de la «capacidad de derechos fundamentales» de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, según un reciente debate en la jurisprudencia constitucional, etc. A lo que habría que añadir el problema de las sociedades profesionales liberales.

1.1. «Desautorización» legislativa de la concepción esencialista y actualidad de un concepto de contenido variable: La mutación del paradigma de la persona jurídica

En cualquier caso, estas observaciones previas, sí sirven para plantear en sus justos términos la tan traída y llevada cuestión de la «crisis» de la persona jurídica, excluyendo conclusiones precipitadas, no autorizan igualmente a ignorar que, el proceso de eclipse o evanescencia de este concepto, constituye un fenómeno hoy generalizado y constante en las diversas experiencias jurídicas. Este proceso encuentra su explicación en diferentes factores jurídicos, tanto de carácter dogmático o de lógica jurídica como de orden normativo (19). Sin embargo, han sido elementos no estrictamente jurídicos, pero que han acabado ejerciendo —y no podía ser de otra manera— una influencia decisiva sobre el mundo del pensamiento jurídico moderno, los que más incisivamente han incidido en este movimiento de «revisión». De esta manera, bajo el doble influjo de las nuevas metodologías epistemológicas y de las nuevas orientaciones del pensamiento filosófico-teórico y del debate político, por un lado, y de las transformaciones del «contexto» social y económico, por otro lado, se ha venido revisando y reelaborando profundamente la antigua noción convencional de «persona jurídica», hasta el punto de determinar una verdadera *lucha por su renovación* (20).

(19) Los signos de esta «crisis» han sido brillantemente anticipados en la doctrina española por A. COSSIO, «Hacia un nuevo concepto de persona jurídica», *A.D.C.*, VII, 3, 1954, p. 645, y en la doctrina francesa por P. DURAND, «L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé», en *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Etudes offertes à G. RIPERT*. Tomo I, París, 1950, p. 157 y ss. partic. p. 140. Pero, sin duda la «parábola» de la persona jurídica en el diagrama de la experiencia jurídica contemporánea aparece trazada con gran seguridad, anticipación, intuición y tonos fuertemente críticos entre nosotros en los diversos trabajos del prof. F. DE CASTRO, *ob. cit.*, partic. pp. 236 y ss., donde alude a la «llamada crisis de la persona jurídica», interrogándose sobre «sus causas, para luego considerar la utilidad y el significado que realmente tiene ese viejo y maltratado concepto». p. 236.

(20) *Cfrs.* F. DE CASTRO, para esta pluralidad de razones, no reducidas a las puramente técnicas —contradicciones teóricas, indebida subordinación de la «concepción» de la persona jurídica a la figura de la Sociedad Anónima con «la escuela de la desconsideración a la variedad de supuestos de hecho (substrato)»— hay que añadir razones de tipo político, social y económico, «aunque los autores no lo mencionen o releguen discretamente al último plano», *op. cit.* p. 209, y que se centra en un extremado reforzamiento del «hermetismo» de las estructuras societarias, propiciador de amplios «abusos», desvelándose progresivamente el verdadero significado político-social con el desarrollo de la «crítica iluminadora de las contrarias ideologías políticas», p. 241.

En este sentido, ante una carencia real de efectivos instrumentos de control y ante la creciente proliferación de iniciativas orientadas a la creación artificial de entes colectivos desprovistos de «efectiva» autonomía social, el pensamiento jurídico moderno, o mejor el contemporáneo, se ha comprometido en un movimiento crítico dirigido a crear diversas condiciones y fijar ciertos límites que *jure condito*, es decir, respecto al mismo «deber ser» inactuado o violado del Derecho positivo, consientan frenar o corregir en alguna medida importante tales «desviaciones», «abusos» o «fraudes», o como podría decirse hoy, «superar» o trascender las barreras o las fronteras de la persona jurídica. De ahí que, de «fórmula áurea» de la experiencia jurídica, y a raíz de las nuevas funciones económicas y políticas asumidas en época más reciente, el concepto de persona jurídica, pasará a desvanecerse o «evaporarse» progresivamente en las contrucciones de los juristas (21). De tal manera que, para un amplio sector doctrinal —con cierta difusión en diferentes ordenamientos extranjeros, aunque de escasa o nula audiencia en el nuestro (22)— la persona jurídica habría acabado siendo una «*persona inserte*» o «inútil», privada de un papel activo y de significativa relevancia en las cuestiones más importantes de política económica e industrial, y de la cual escasas o nulas indicaciones metodológicas y hermenéuticas pueden derivarse para una comprensión jurídicamente significativa de las nuevas formas organizativas de la empresa (23).

(21) «Vulnerabilidad», «represión», «levantamiento del velo», son todas expresiones, también ellas metafóricas, que sustituyen en las actuales lecturas sobre la persona jurídica, a las precedentes representaciones de esta técnica jurídica fundadas bien sobre el «antropomorfismo» de la persona jurídica como «macroantropo» (concepciones realistas) o sobre el «idealismo» propio de la visión de la persona como «ficción», únicamente existente como idea en la mente de los juristas, o producto de la voluntad del legislador. Una completa exposición crítica de las diversas teorías realistas y de la ficción y demás doctrinas o concepciones sobre la persona jurídica, puede verse en F. DE CASTRO, *ob. cit.* pp. 262 y ss.; R. ORESTANO, *ob. cit.* pp. 193 y ss. *vid.* M. BASILE-A. FALZEA, *ob. cit.* partic. p. 250 y ss.

(22) Representativos de una dirección nominalista que, en el fondo, significa una teoría negativa de la persona jurídica, y según orientaciones particularmente difundidas en la doctrina italiana, como luego veremos, son los trabajos de A. F. PANTALEÓN PRIETO, *Comentario a la STS de 28 de mayo de 1984*, Cuad. Civitas de Jurisprudencia civil, abril-agosto de 1984, pp. 1707 y ss.; PAZ-ARES, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», *ADC*, 1983, que se adhiera a las tesis que ven en la persona jurídica sólo un «*nomen iuris*» acogido por el Derecho pero de origen puramente doctrinal, *partic. vid.* pp. 1592 y ss.; y en el mismo sentido F. VALENZUELA GARACH, «Un panorama general del problema de la personalidad jurídica de los entes sociales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1986-111. Homenaje al prof. MOTOS GUIRAO.

(23) De «persona inerte» habla G. TEUBNER, «*Entreprise Corporatism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person*», n. 36, 1988, p. 130, *Am. Jour. Comp. Law*. Orientación recogida a su vez por un giuslavorista italiano, muy atento a la problemática de los grupos en el Derecho del trabajo, que concluye afirmando, haciéndose eco también de una autorizada corriente mercantilista italiana (T. ASCARELLI, *ob. cit.* p. 250) confirma esta transformación de la «persona jurídica en una "persona inerte"». G. MELIADO, *Il rapporti di lavoro nei gruppi di società*. Giuffré, Milano, 1991, p. 45.

En cualquier caso, este verificable proceso erosivo de la tradicional firmeza de la fundamentación hermenéutica de la figura, nos permite advertir ya una primera razón que debería permitir comprender la enorme insatisfacción, e incluso el relativo disgusto que, el jurista, debería sentir al situar, en el centro de la cuestión relativa al encuadramiento sistemático y disciplina jurídica de las nuevas formas de empresa, *la relación grupo societario/persona jurídica autónoma*. Se trata, en efecto, de la constatación de una manifiesta *razón de incertidumbre reconstructiva y hermenéutica*, con claros límites operativos, cuando se trata de dar decisivos pasos hacia adelante en la comprensión jurídicamente significativa de aquellos modelos organizativos de la actividad de empresa, a través de una conceptualización o de una estrategia que, como la de la persona jurídica, se topa en cada movimiento con problemas ardorosamente discutidos y con planteamientos altamente controvertidos y equívocos, mostrando un camino pedregoso e incierto (24). Es por eso que, la reproducción del «eterno» problema de la «forma» y la «realidad» en relación al tema de la «imputabilidad» al «verdadero» empresario (empleador) de las relaciones jurídicas tenidas en el «ámbito del grupo», particularmente y por lo que aquí nos interesa, las relaciones jurídicas de trabajo, no puede dejar de sugerir la imagen de un auténtico problema kafkiano (25), aflorando la «hamletiana» posición del trabajador y de sus organizaciones, inexorablemente obligados a navegar entre la forma y la efectividad para descubrir a quién resulta jurídicamente atribuible la actividad de los trabajadores —relaciones individuales— o la posición de contrapoder del trabajo organizado —perfiles colectivos—.

Ahora bien, esta razón de incertidumbre en absoluto puede llevar al jurista en general, y al iuslaboralista en particular, a aceptar una postura excéptica acerca de la resolubilidad de la cuestión de la persona jurídica como *problema hermenéutico, a la luz de las distintas disciplinas de esta figura en relación a los también diversos conflictos de intereses objeto de regulación —primacía del substrato normativo del concepto—*. De ahí la necesidad de coger —en modo necesariamente sintético— los rasgos más relevantes de la «evolución» del concepto de persona jurídica en las últimas reflexiones, como única vía que nos permitirá identificar con rigor las muchas sombras y por tanto los límites de fondo (proceso de «deformación» y «simplificación» sistemática y problemática respecto a los nuevos modelos de organización «típicos» de la empresa) y las relativas luces o eventuales servicios (definitiva ruptura con el prejuicio ontológico clásico, principio de relatividad e historicidad de los conceptos jurídicos, y configuración de

(24) Y en relación a los cuales es posible constatar como ninguna valoración o «*idea affacciata dai giuristi é incontrovertita*» Cfrs. M. BASSILE-A. FALZEA, *ob. cit.* pp. 234 y 235.

(25) Cfr. G. BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*. Giuffrè. Milano. 1965. d. 30.

éstos como instrumentos «positivos» para resolver problemas reales) que, las interferencias entre el concepto de grupo y el de persona jurídica, proyectan para el análisis jurídico de las modernas metodologías de gestión del trabajo en las organizaciones productivas complejas.

En este sentido, aunque contamos ahora ya con una imponente e incontrolable bibliografía en relación a las más variadas cuestiones suscitadas por este concepto, creemos que no sólo la historia sino su entera reconstrucción como problema y como idea jurídica debieran ser hoy «reescritas» y repensadas (26). No será ésta la intención, ni la posibilidad, de este trabajo, que pretende exclusivamente individualizar algunos de los puntos más sobresalientes de la evolución actual, estrictamente pertinentes a la economía de nuestra investigación.

En extrema síntesis, la inmensa gama de teorizaciones y concepciones que irrefrenablemente se han ido sucediendo para intentar revisar una de las «cuestiones claves», aunque al mismo tiempo más «tópicas», de la Ciencia jurídica (27), pueden alinearse en dos orientaciones distintas, aunque con argumentaciones dispares dentro del mismo grupo:

a. Aquel conjunto de esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales dirigidos a una revisión en sentido —como hoy gusta decirse— «débil», por cuanto no ofrece un juicio liquidatorio del concepto, sino que al contrario, partiendo de una presunción de legitimidad de la figura, trata de actuar instrumentos que aseguren un control efectivo del «uso» del modelo legal y la debida sanción de toda nueva o vieja forma o estrategia de «abuso» (28). Para intentar «superar» una concepción

(26) *Cfrs.* para esta necesidad de reescribir la «historia» de la persona jurídica F. GALGANO. *Delle Persone giuridiche. Commentario del Codice Civile*. Dirigido por SCIAJOLA-BRANCA. Bologna. Roma. 1971. p. 24.

(27) *Cfrs.* F. DE CASTRO, *La persona jurídica*, *ob. cit.* p. 261. Las hipérboles sobre este tema se suceden periódicamente para acentuar la importancia de este concepto en el «cielo de los conceptos» de la Ciencia jurídica. Así, últimamente se ha puesto de relieve su dimensión de «estrella central del firmamento jurídico». *Cfrs.* F. CAPILLA RONCERO. *La persona jurídica... op. cit.* p. 17.

(28) Esta es la posición prácticamente unánime de la doctrina civilista y mercantilista española, reacia a cualquier negativismo jurídico y firme partidaria de acoger una opción cautelar o prudente al respecto, por los mayores riesgos que derivarían para la seguridad jurídica y para el buen o normal funcionamiento del tráfico económico y mercantil de seguirse una opción generosa o despreocupada a la hora de «superar» esa fórmula jurídica. En definitiva, se insiste, «el respeto a la forma externa y a la confianza que ella produce no conviene sea quebrantada; mas ello puede predicarse en favor de la generalidad y nunca en beneficio de quienes la utilizan para fines extraños o contrarios a los que justifican la figura misma de la Sociedad Anónima. Sólo merece la especial protección atribuida al socio (irresponsabilidad) quien está formando parte de una colectividad y que, por tanto, no es dueño, ni tirano de la sociedad, ni ha confundido con el de ésta su patrimonio personal», F. DE CASTRO, *ob. cit.* pp. 248-249. En esta línea se enmarcan las teorías del «levantamiento del velo» (*lifting the corporate veil*), *cfrs.* R. SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*.

dogmática y mítica de la persona jurídica, pero sin afectar a su tradicional fundamento conceptual como sujeto autónomo y distinto —principio de la distinción— se procede a una suerte de movilización general y global de los principios y cláusulas generales del Derecho —buena fe, fraude de ley, abuso del derecho, principio de la apariencia— cuya fundamentalidad, incluso constitucional, no consiente ni tan siquiera violaciones indirectas a través de la utilización de la técnica de la persona jurídica (29).

Dentro de este amplio grupo de teorías, todas reconducibles a un mismo principio —control de los abusos del modelo legal—, es necesario distinguir, no sólo para su solidez dogmática sino para su propia eficacia operativa, entre la conocida «teoría del empresario oculto», y el conjunto de técnicas que responden al «levantamiento del velo» o «desestimación» (teorías del *lifting* o del *disregard*) de la persona jurídica (30).

Barcelona. 1958, los diversos trabajos contenidos en el *Responsabilità limitata e gruppi di società*. Quaderni Giur. Comm. n. 84. 1987. G. Giuffrè. Milano. 1987, P. VERRUCOLI. *Il superamento della personalità giuridica della società di capitali nella common law e nella civil law*. Giuffrè. Milano. 1964. J. M. EMBID IRUIJO, «En torno al "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica de una sociedad anónima», *La Ley*, T. 1990-4, p. 612 y ss.; R. DE ANGEL YAGÜE. *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*. Madrid. 1990; *cf.* también P. ZATTI. *Persona giuridica e soggettività*. Cedam. Padova. 1975, pp. 319 y ss. G. SCALFI, *L'idea & persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*. Giuffrè. Milano. 1968; pp. 45 y ss. Este obligado respeto está siempre presente en la propia conciencia de los jueces que —generalmente entre parentesis, da la impresión de resultar un verdadero acto de fe en la intangibilidad del concepto— ponen de relieve la plena compatibilidad entre el reconocimiento de la carencia de un «valor absoluto (del) hermetismo producido por la utilización de formas societarias» (STS Sala Social 25-9-1989, ar. 6488) y su configuración como «ficción (legal y respetable)» (STS Sala I, 2-4-1990), que se da por presupuesto. *Vid.* también SSTS Sala I, 28-5-1984 ar. 2800, 13-5-1988 ar. 4306, etc. Para esta visión cautelar *vid.* SSTS sobre la necesidad de acreditar suficientemente las circunstancias especiales posibilitadoras de la penetración en el «substratum» personal del ente social, 19-9-1988 ar. 6920, y 27-3-1989 ar. 2416, 24-7-1989, *cit.*

(29) Para esta reconducción a categorías dogmáticas conocidas, especialmente al fraude de ley, *cf.* R. SERICK, *ob. cit. passim*. Este uso generalizado, y en ocasiones confuso, de diferentes principios es especialmente visible en la jurisprudencia, *vid.* SSTS 20-6-1991 ar. 4526, y STS 3-6-1991. que en tono poderoso —en términos de mandato prohibitivo como si fuera una auténtica norma legislativa— y firme entiende que «la doctrina del "levantamiento del velo"... proscrib[e] la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros», cuando el respeto de estos últimos representa «uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1. de nuestra Ley Suprema» (STS 25-9-1989 *cit.*, 24-7-1989 ar. 5908, Sala Social, entre otras muchas).

(30) Confusionismo que ha sido severamente criticado por el prof. F. GALGANO, que ha definido como doctrina u «operación ecléctica» el hacer «todo uno de la teoría de los accionistas tiranos y de aquélla de la revisión del concepto de persona jurídica». «*La società lo schermo della personalità giuridica*». *Giur. comm.* 1983, pp. 11 y ss. partic. p. 13. La diferencia está, como explica el propio autor de la «teoría del empresario oculto», en que ésta no pretende «superar» la pantalla jurídica societaria sino que la presupone necesariamente, por lo que necesita de los esquemas y de los principios

2. Un verdadero salto cualitativo —aunque como luego veremos, más aparente que real en cuanto no representa verdaderamente una posición inconciliable con la posición anterior de la persona jurídica— pretenden dar aquellos intentos de revisión o «superación» en sentido «fuerte» de este concepto, a través de su descripción, en base al *principio de la irrealidad de la persona jurídica* y al *principio de reducción*, como un conjunto de relaciones jurídicas o de situaciones subjetivas propias de sus miembros y no de un ente colectivo distinto. Estas teorías «reduccionistas» han tenido una fundamental acogida en Francia y en los últimos años en Italia especialmente, a través de las denominadas «concepciones normativistas» y «concepciones nominalistas», estas últimas propias de la Filosofía analítica y de aquellas corrientes favorables a adoptar el método del análisis del lenguaje en el estudio del Derecho, del que la persona jurídica ha constituido su más significativo campo de aplicación, tanto desde el punto de vista de la crítica filosófica o «gnoseológica» como desde el punto de vista de la crítica metodológica (31).

lógicos de la persona jurídica como auténtico sujeto autónomo y diferenciado, que «no elimina el ente social, con su patrimonio y su responsabilidad; sino que agrega a este patrimonio y a esta responsabilidad el patrimonio y la responsabilidad del socio soberano». *Cfrs.* W. BIGIAMI, «*L'imprenditore occulto nella società di capitali e il suo fallimento "in estensione"*», *Giur. it.* 1959-1, 2.c. 157. El fundamento de la responsabilidad no es ni su condición de socio ni tampoco su propia acción de dominio absoluto como socio «tirano» —tiranía societaria—, sino otro distinto, y que radica en la identificación de una «*posición extrasocietal*» de este socio especialmente cualificado, y que precisamente integraría los extremos de la figura del «empresario oculto», es decir, aquél que domina la empresa como ejerciente una actividad económica con plena capacidad de dirección y riesgo, en definitiva del «único efectivo titular de la empresa, en la cual el "hombre de paja" no tiene participación alguna». *Cfrs.* *L'imprenditore occulto*. Cedam. Padova. 1954, p. 20, y *Difesa dell'imprenditore occulto*. Cedam. Padova. 1962 p. 47 y ss.

(31) Las corrientes nominalistas se enmarcan en un objetivo más general de reexamen o revisión del problema de las definiciones tradicionales de los conceptos jurídicos, entre los cuales, el de persona jurídica ha sido considerado especialmente idóneo para la experimentación de los resultados efectivos del nuevo método propuesto. En general sobre esta orientación analítica en el Derecho *vid.* U. SCARPELLI (a cargo de), *Diritto e analisi del linguaggio*. Giuffrè. Milano. 1976, y *Contributi alla semantica del linguaggio normativo*. nueva edic. Giuffrè. Milano. 1985; A. ROSS. *Crítica del diritto e analisi del linguaggio*. Bologna. 1982; en relación al problema de la persona jurídica *vid.* HART. *Contributi all'analisi del diritto*. Trad. italiana. Giuffrè. Milano. 1964, pp. 37 y ss.; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*. nueva edic. Cedam. Padova. 1989, y F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*. Libro primo. *Delle persone e della famiglia* (art. 11-35). *Commentario del codice civile*, a cargo de A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1969, cuyo pensamiento ofrece notorias influencias de la dirección analítica expresada por F. D'ALESSANDRO, y también del normativismo de T. ASCARELLI, aunque sus ideas al respecto ha experimentado una notoria evolución, reduciendo sensiblemente su radicalismo inicial, e incluso son advertibles significativas rectificaciones a lo largo de las diversas obras que posteriormente ha dedicado al tema. Para una visión crítica de conjunto de las diversas posiciones dentro de esta misma corriente analítica *vid.* A. PINTOR, «Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analitico», en *Quaderni fiorentini*, Tomo II, *ob. cit.* pp. 721 y ss. Para esta dirección en España -donde el seguimiento ha sido muy limitado- *vid.* PAZ-ARES, «*Infracapitalización...*» *op. cit. passim* y F. VALENZUELA GARACH. *op. cit. partic.* pp. 376 y ss.

Una de las críticas más señaladas de la dirección analítica, que nos proporciona una significativa indicación de método, se dirige a poner de relieve la «función pesantemente ideológica» que han cumplido las «concepciones» tradicionales, por cuanto, alimentadas de un fuerte «prejuicio conceptualista», habrían invertido indebidamente la relación entre los diversos discursos jurídicos del legislador y de la doctrina (32). En este sentido, se critica la configuración de la persona jurídica como un «concepto elevado a super norma», no limitada por tanto a una simple función «clasificatoria» o «cognoscitiva» (descriptivo en modo sistemático y sintético de una disciplina jurídica relativa a diversos centros de intereses personificados). Al contrario, según una común concepción, la persona jurídica aparece como una categoría propiamente «operativa» o «preceptiva», configurándose como una «*regulae juris*» (33) o un *principio o policy* (34) cuyo alcance teórico-reconstructivo permite un *plus de juridificación o una capacidad adicional para proyectar específicos principios de solución jurídica o concretas conclusiones de derecho*, cuyo fundamento no se encuentra directamente en la norma, sino en las construcciones y en la misma función de mediación social de los juristas, evidenciando una amplio «coeficiente ideológico» (35).

Frente a esta tradicional concepción «fuerte» de la persona jurídica en sentido tradicional —que acredita un rígido proceso de hipóstasis de la idea de «subjetividad» jurídica— la crítica analítica trata de oponer una propia inversión metodológica, al centrar la atención del jurista exclusivamente sobre el «substrato normativo» de las diversas disciplinas de los comportamientos humanos y de los agregados sociales (36).

(32) *Cfrs.* para esta conclusión en las diversas posiciones nominalistas A. PINTOR, *ob. cit.* p. 731.

(33) T. ASCARELLI, *ob. utim. cit.* p. 240.

(34) Según los modelos de los standards normativos divididos en normas, principios y directrices políticas de R. DWORKING, *Il diritti presi sul serio*, Trad. italiana. Il Mulino. Bologna. 1982 p. 90 y ss. (existe traducción española, *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona. Segunda edic. 1989, pp. 72 y ss.

(35) Tampoco en esta crítica el concepto de persona jurídica aparece aislado, pues las mismas objeciones han sido dirigidas a conceptos que cumplen una función tan crucial en el conjunto de las distintas disciplinas jurídicas, como el propio «concepto de negocio jurídico», puesto también en discusión en cuanto «categoría operativa» no en cuanto «categoría descriptiva», *cfrs.* F. GALGANO, *Voz. «Negozio giuridico (dott. generali)»*, Encicl. del dir. XXVII. Giuffrè. Milano. 1977, pp. 932 y ss., part. p. 936, id. más recientemente «*Il crepuscolo del negozio giuridico*», *Contratto e impresa*. 1987; e incluso el *concepto de subordinación jurídica laboral*, cuyo «coeficiente ideológico» ha sido destacado por M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*. Giuffrè. Milano. 1985, p. 297, nota 40; también *cfr.* G. MELIADO, *Il rapporti di lavoro... op. cit.* p. 35. El propio DWORKIN considera que toda teoría jurídica debe tener un aspecto descriptivo y otro aspecto prescriptivo, de modo que la teoría no sólo serviría para conocer el derecho vigente sino que también es auxiliar indispensable para el juez. Con lo que destruye uno de los presupuestos metodológicos positivistas, el de la «separación absoluta entre la descripción y la prescripción». *cfrs.* partic. pp. 146 y ss.

(36) *Cfrs.* Las exposiciones de A. PINTOR, *ob. cit.*, partic. pp. 741 y ss.

Esta orientación, partiendo de una crítica general a los tradicionales modos de proceder de la Ciencia jurídica, y centrados en el uso de «definiciones reales» propias del «método naturalista» y de la creencia en un «valor ontológico» del concepto —que persiguen constantemente una «esencia» o una «naturaleza» de la cosa sobre el presupuesto de la necesaria correspondencia entre el concepto y una entidad objetiva y real en el mundo físico— propone su sustitución por las «definiciones en uso o contextuales» (HART) o «definiciones condicionales» (SCARPELLI), que no se preocupan de «*qué es la persona jurídica*» sino de «*qué significa persona jurídica*» (37).

Estas corrientes, sin embargo, ofrecen diversos flancos a la crítica, y aunque no nos corresponde a nosotros desarrollarlos (38), sí creemos conveniente expresar dos de ellos, por el especial interés que revisten para nuestro tema —es decir, cuáles son los límites de fondo y cuáles las eventuales virtualidades de un planteamiento que haga girar sobre la conceptualización de la persona jurídica el problema hermenéutico de los grupos de sociedades, particularmente en el Derecho del Trabajo, aunque no sólo—. En primer lugar, estas corrientes presentan el mismo vicio lógico y de razonamiento que las tesis que pretenden «revisar» y, en lo posible, «superar», aunque de signo inverso, es decir, incurren en una *hipóstasis de la premisa de la «irrealidad»* de las personas jurídicas, desconociendo la inesquivable ambivalencia del concepto y su indudable «fundamento social» o «substrato real», aunque hoy exija ser (re)interpretado en manera profundamente diversa (39).

En segundo lugar, en cuanto fijan la «condición» o «regla de uso» principal del concepto en la *existencia o referencia a un «ordenamiento» dado*, están realizando una remisión a un elemento que termina por evocar otro procedimiento argumentativo circular, contradictorio

(37) Cfrs. U. SCARPELLI, *op. cit.* 112. La condición de uso «es una disciplina jurídica, que comporta la previsión normativa de una pluralidad de hechos, actuales y posibles, meros hechos o actos, un coligamiento entre ellos, consistente en la referencia a un mismo ordenamiento, y la atribución a tales hechos de una relevancia jurídica en función de relaciones que entrecorren entre ellos». *Op. cit.* p. 118.

(38) Vid. el equilibrado resumen crítico de A. PINTOR, *ob. cit. passim*.

(39) De ahí que, en nuestra opinión, no resulta afortunada la visión de la persona jurídica como mero instrumento de naturaleza lingüística del fenómeno de las personas jurídicas, que la resuelve en un mero *nomen iuris*. Para la exposición más completa de una «doctrina nominalista» de las personas jurídicas, que proporciona algunas reflexiones de interés, y en una perspectiva crítica también del normativismo de ASCARELLI y de KELSEN, vid. sobre todo en una reciente reedición de su obra F. D'ALESSANDRO, *Personae giuridiche e analisi del linguaggio*. Cedam, Padova. 1989, partic. pp. 70-120. Esta dirección es seguida en España, como hemos señalado, por los profesores PAZ-ARES, *op. cit.* pp. 1592 y ss. y F. VALENZUELA, *op. cit.* que, siguiendo sólo ven en la persona jurídica «símbolos verbales» o «velos lingüísticos», aunque proponen una concepción ontológica y antropomórfica de la categoría de sujeto de Derecho, indentificándolo sólo con el «hombre» como «únicos y verdaderos sujetos de derechos que pueden existir», puntos «finales de imputación de las normas». Vid. último autor p. 377.

incluso con las propias premisas del método por ellos propuesto, incurriendo en nuevas aporías y contradicciones. En efecto, el concepto de «ordenamiento» —como el de «persona jurídica»— es objeto de una «definición estipulativa» o convencional, es decir, que no hace referencia a una entidad observable o inmediatamente identificable a través del análisis de los diversos «usos» que eventualmente hacen las normas de él —ej. art. 6.4 C.c.—, sino que son términos teóricos que «designan conceptos privados de una relación semántica inmediata con la realidad jurídica observable», ya se identifique ésta con el universo normativo ya con el universo fáctico (40).

De esta manera, la fijación de las «*reglas de uso*» del concepto de persona jurídica reenvía —como en realidad siempre ha ocurrido— a un problema de Teoría general del Derecho y a un problema de método hermenéutico o de Teoría general de la interpretación. Y es precisamente por esto que, a nuestro juicio, esta corriente incurre en un manifiesto vicio lógico, así como en un peligroso vicio ideológico, en cuanto reduce el Ordenamiento a «ordenamiento de normas» (41). Sin embargo, para evitar los «costos ruinosos» y las múltiples «aporías» lógicas y semánticas que han venido caracterizando las representaciones del concepto de persona jurídica —también de las más recientes de signo «antirealista»— es necesario tomar como punto de partida una Teoría del Derecho que, dotada de la adecuada capacidad explicativa para hacer ver y comprender mejor el Ordenamiento jurídico, permita fijar el puesto y significado de la persona jurídica en «el sistema de conceptos que constituye la ciencia del Derecho» (42). Y esta Teoría sólo puede ser aquella que, consciente de la «ambivalencia de las normas», esté en condiciones de dar debida cuenta del «universo normativo» y del «universo fáctico», así como y principalmente de las múltiples comunicaciones interactivas entre ambos: es decir, que sea capaz de explicar bien «lo que efectivamente sucede» bien lo que «jurídicamente debe suceder» (43).

(40) *Cfrs.* L. FERRAJOLI, «La semántica della teoria del diritto», *ob. cit.* p. 110, siguiendo precisamente las orientaciones de los máximos sostenedores de las teorías del análisis del lenguaje, como son H. L. HART, «Definizione e teoria nella giurisprudenza», en V. FROSINI (a cargo de), *Contributi all'analisi del diritto*. Giuffrè. Milano. 1964, pp. 42-43, y U. SCARPELLI, «La definizione nel diritto», en U. SCARPELLI (a cargo de) *Diritto e analisi del linguaggio*. Comunità. Milano. 1976, partic. pp. 184 y ss.

(41) Esto es lo que hace precisamente U. SCARPELLI, que pese a no desconocer e incluso insistir sobre la conexión entre disciplina jurídica y una pluralidad de hechos —base sociológica de la persona jurídica—, coloca ambas consideraciones sobre planos de análisis completamente independientes el uno del otro, *cfrs. ob. cit.* pp. 118 y ss. Véase para esta crítica A. PINTOR, *ob. cit.*

(42) Esta es, como se recordará, una propuesta final de la obra del prof. F. DE CASTRO. *ob. cit.*, p. 260.

(43) *Cfrs.* L. FERRAJOLI, *ob. cit.* p. 129, que confirma cómo la fractura entre los dos universos, es decir, entre «la configuración normativa y el funcionamiento real de los sistemas jurídicos, es en efecto no sólo el principal problema sino también el más importante objeto de investigación y de la reflexión jurídico-teórica», *Ibidem*. Para eso propone, como es conocido, su Teoría de la interpretación «semántica», «empírica» o

Esta decisivas críticas no deben implicar, sin embargo, un total rechazo de este moderno intento de renovación, especialmente de ciertas críticas de tipo metodológico, particularmente en orden al excesivo prejuicio «naturalista» y «ontologista» de la Ciencia jurídica, por lo que puede proyectar una cierta luz que ayuda a plantear los problemas de la persona jurídica en términos más correctos, reproponiendo una visión prevalentemente instrumental y funcional y encontrando *significativos puntos de conciliación*, tanto desde el punto de vista teórico-reconstrutivo como pragmático-operativo (44).

Desde esta óptica, no creemos excesivo afirmar que las nuevas reflexiones y lecturas críticas, aparecidas en los últimos tiempos sobre este tema, confirman plenamente la *inflexión en sentido pragmático y de plena juridicidad* experimentado por el debate sobre la persona ju-

«pragmática» de la Teoría, es decir, un «procedimiento consistente en una adecuada reducción del lenguaje teórico-artificial en el lenguaje observador de la dogmática jurídica (si la interpretación suministrada es de tipo normativista) o de la sociología del derecho (si la interpretación es de tipo realista)» *ob. cit.* p. 113, entendidos, sin embargo, ambos puntos de vista, no como modelos semánticos alternativos o contrapuestos sino como perfecta y necesariamente complementarios o compatibles. *Ob. cit.* pp. 128 y ss.

(44) Así, aunque como ha sido prudentemente advertido, resulta evidente la dificultad de «fare il punto di questo complesso di dottrine» (*cfrs.* R. ORESTANO, *ob. cit.*, p. 258), no puede desconocerse que la contraposición es sólo «en apariencia tremenda e insalvable», aunque más que a un problema exclusivamente «terminológico» (DE CASTRO) se trata de una polémica reducida a un problema principalmente semántico. En cualquier caso, tampoco para los «neorealistas» la persona jurídica tiene la misma realidad que la persona humana, resultando en cualquier caso «una persona por analogía» o «si se quiere una entelequia jurídica». *Cfrs.* F. DE CASTRO, *ob. cit.* p. 264. De la misma manera que tampoco los normativistas desconocen que «las personas jurídicas son una realidad pero su realidad no es la de los sujetos que se ven y se tocan, una realidad puramente... ideal: realidad ideal jurídica, no realidad sensible» (FERRARA, *ob. cit.* p. 238), y otro firme sostenedor del nuevo sentido realista del concepto tradicional de persona jurídica, entiende que en la «vida del Derecho la persona jurídica no es un fenómeno natural previamente dado, sino una figura ideal para la persecución de determinados fines jurídicos» (R. SERICK, *ob. cit.* p. 261). También los sostenedores de las tesis analíticas y antirrealistas parten de la configuración de la persona jurídica como «persona por analogía». *cfr.* D'ALESSANDRO, *op. ultim. cit.* Igualmente, el prof. PUIG BRUTAU, tras reconocer que «la persona natural y la jurídica sólo de una manera muy artificiosa pueden ser equiparadas», subrayó con toda eficacia que los conceptos en Derecho «no tienen una naturaleza fatal e invariable que pueda describirse recurriendo a la figuración de un fenómeno físico. No son más que la manera de dejar cifrada en una *expresión abreviada* los criterios adecuados a cada situación de pugna de intereses», *ob. cit.* p. 341. Resuenan aquí claramente los ecos de las tesis normativistas de ASCARELLI, *ibidem*. Y ésta es, en última instancia, la posición de los que no ven en la persona jurídica más que un *nomen iuris* que, siguiendo fielmente la estela del prof. F. GALGANO y como ya anticipara en formulación no superada por el prof. F. DE CASTRO (seguidor de la concepción neorealista), terminan reconduciendo el problema a una cuestión de interpretación y aplicación de normas: *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*; PAZ-ARES, *op. cit.* p. 1593 y nota 12; F. VALENZUELA, *op. et loc. ultim. cit.*

rídica que traslada su centro de atención del plano clasificatorio y puramente abstracto, a aquél más concreto de la solución de las diversas cuestiones interpretativas, vinculadas estrechamente a la operatividad de los específicos institutos jurídicos. El problema de la persona jurídica queda en cualquier caso planteado, tanto para los «neorealistas» como para los «reduccionistas», —y no puede ser de otra manera—, en los mismos términos en los cuales viene planteado, en la normal experiencia del operador jurídico, todo problema de comprensión, interpretación y aplicación de normas y del sistema de Derecho.

De esta manera, asumir que la «crisis» de la persona jurídica se resuelve positivamente en el problema de individualización de las «condiciones de uso» de las diversas disciplinas relativas a sujetos colectivos, nos permite advertir inequívocamente el cambio de paradigma o método del concepto de persona jurídica (45).

En efecto, en el clásico debate entre los partidarios de la teoría de la realidad y los sostenedores de la «ficción» legal, la representación de la persona jurídica aparece siempre condicionada por una determinada concepción sobre el orden natural de las cosas, y por tanto de la propia función y autonomía del Derecho positivo. De modo que, en ambos casos, la técnica, lejos de configurarse como tal, termina evocando o bien la mistificatoria «metáfora de la vida» (concepción antropomórfica) o bien el idealismo de la ficción (la persona jurídica como idea en la mente de los legisladores y de los jueces), sobrepasando las propias exigencias «reales» que la misma evoca: la composición normativa de conflictos de intereses y de una serie de exigencias de regulación en la vida social. Las propias tendencias evolutivas del Derecho contemporáneo, y la aparición de nuevas construcciones interpretativas en la doctrina, han puesto de relieve la inconveniencia de estos planteamientos reductivos, desplazando el interés o la preocupación hacia el problema de las funciones, y por tanto los límites, de la personificación (46). En esta línea, existe un amplio acuerdo en reconocer que la llamada «crisis» del concepto ha venido inducida en gran medida por el reconocimiento de nuevas realidades organizativas privadas de una apreciable autonomía en el plano empírico-real, que impide diseñar un criterio de distinción nítido y riguroso entre los grupos provistos de personalidad y aquellos grupos que no lo están,

(45) En definitiva, como ya advirtiera magistralmente el prof. F. DE CASTRO, lo que importa al jurista «de modo inmediato y urgente es averiguar qué ha de entenderse por persona jurídica cada vez que ese término se emplea en un precepto jurídico; precisar si se usa siempre en el mismo sentido o, si se emplea en varios, cuáles son éstos y su mayor o menor alcance en cada caso; si en las mismas disposiciones que regulan una misma figura jurídica el término persona jurídica se ha tomado dándole diferente valor». *Ob. cit.* p. 260.

(46) Paradigmática la obra del prof. F. CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. *op. cit. passim*.

aunque el alcance que unos y otros otorgan a esta innegable conclusión es bien diversa (47).

En cualquier caso, lo que sí se produce es la sustitución de las apodícticas reflexiones sobre la presunta «naturaleza» o «esencia» de la persona jurídica —ya sea la realidad de las cosas ya sea la ficción legal o normativa, es decir, en la realidad jurídica— por una reflexión orientada fundamentalmente a reconstruir la persona jurídica como un método o un instrumento para referir a ciertas conclusiones de Derecho, en relación a la organización y gestión de una actividad económica y para resolver determinados conflictos de intereses en relación a los terceros que entran en relación con los miembros organizados a través de esta técnica o procedimiento jurídico (48). Y su fundamento reside no en el orden natural ni en el orden estatal sino en una razón de utilidad práctica al servicio de exigencias económicas y sociales merecedoras de protección, como instrumento de autonomización de determinados recursos económicos a los efectos de gestionar una empresa en el tráfico jurídico-mercantil. De ahí que la persona jurídica aparezca básicamente como un régimen jurídico vinculado a una actividad, resolviéndose en una técnica o en un procedimiento jurídico que conduce a una reconstrucción teleológica, y no ontológica, en cuanto aparece como perfectamente válida para servir a fines u objetivos de política jurídica y a exigencias o prácticas económicas y sociales diversas, con entera abstracción de su intrínseca bondad o malicia (49).

(47) En efecto, mientras los partidarios del principio de la identificación o de la identidad colectiva consideran que este proceso de difuminación de las diferencias no impide una imagen de la persona jurídica como sujeto de derecho, distinto y autónomo, *cfrs.* A. BASILE-FALZEA, *op. cit.* p. 266 y ss, pp. 274 y 275...; mientras que los partidarios del principio de reducción consideran que la persona jurídica no atribuye ninguna cualidad de sujeto de Derecho, sino que es una pura técnica instrumental o procedimiento jurídico, cuyo recurso responde sólo a razones de oportunidad y de política. *Cfrs.* R. DAVID, «La personnalité morale et ses limites». Informe general, en *Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de Paris*. 1966, p. 6, y J. FOYER, *Sobre el sentido y alcance de la persona jurídica de las sociedades en el Derecho francés*, *ibidem*. p. 118.

(48) Esta es la construcción del propio concepto de sociedad, como técnica de organización y gestión de la actividad empresarial. *Cfrs.* PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*. Sirey. 1967.

(49) Esta es la intuición del prof. F. DE CASTRO, al afirmar con toda claridad y brillantez que lo que importa al intérprete aquí «de modo inmediato y urgente es averiguar qué ha de entenderse por persona jurídica cada vez que ese término se emplea en un precepto jurídico», *ob. cit.* p. 260, de tal manera que sólo así será posible «ver para qué sirvió y para qué sirve hoy ese concepto de personas jurídicas»; en el mismo sentido el prof. A. POLO. resalta como en este carácter « eminentemente técnico, instrumental, de puro método... reside su neutralidad », *cfrs.* Prólogo obra de SERICK, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*. Traduc. española y comentario del prof. PUIG BRUTAU. Barcelona. 1958. p. 17. A fin de cuentas, es lo que más importa al intérprete de las leyes». *Ob. cit.* p. 262. Pero ésta es la idea que está en el fondo de las concepciones «nominalistas», al preocuparse no por la naturaleza de la persona jurídica sino «qué significa persona jurídica», *cfrs.* U. SCARPELLI, *ibidem*; o la concepción normativista de T. ASCARELLI, al considerarla como expresión abreviada de una disciplina jurídica, y por tanto instrumento o procedimiento que designa o refiere a un determinado régimen jurídico.

En esta óptica, se confirma la imagen de la idea de la persona jurídica como auténtico y genuino problema de método hermenéutico o interpretativo, por tanto intrínsecamente jurídico, que permite romper definitivamente con su tradicional carácter enigmático y misterioso y combatir el clásico lenguaje metafórico (50) que, durante mucho tiempo, ha dominado la literatura al respecto y que tan negativamente ha condicionado el adecuado planteamiento de los temas. La irresolubilidad del problema de la persona jurídica, por tanto, no es mayor de cuanto pueda serlo otro problema jurídico en el que el Derecho se vea obligado a abandonar posturas formalistas y ahistóricas. Pero de esta manera, no se vanifica ni se anula ni pierde profundidad el problema, antes al contrario, se coloca en una línea de plena armonía con las nuevas orientaciones de la Hermenéutica jurídica contemporánea que pone de manifiesto, no sólo un peculiar sentido de la normatividad sino también el peculiar sentido de la interpretación jurídica, que se mueve no sólo en función de un interés de conocimiento, sino también y principalmente en vista de un interés de decisión práctica (51).

Si se aceptan estas consideraciones, la propia idea de «deformación» del concepto de persona jurídica carece de auténtico sentido, en cuanto permanece anclada en la imagen de un contenido constante e inmutable que aparecería más o menos desfigurado por su tradicional vestidura «formal», y en cualquier caso, esta «deformación» no representa ningún fenómeno patológico en sí mismo, es decir, no resulta intrínsecamente positivo o negativo. Así, no es más que la expresión de la necesidad de que sean las técnicas o los procedimientos jurídicos los que deben adaptarse continuamente a las distintas circunstancias históricas y a las diversas exigencias sociales y culturales de los nuevos tiempos, y no viceversa. Lo contrario sería incurrir en una visión de la experiencia jurídica como una historia de nombres, que considera invariado el contenido de sus conceptos

(50) Como ha sido puesto acertadamente de relieve, el originario valor metafórico del término «persona jurídica», está en la base del proceso que condujo a la exasperación realista y organicista del concepto en la versión de Gierke y sus seguidores. Como se ha dicho, «la metáfora è sempre un'ausiliaria pericolosa; da principio si presenta solo per illustrare modestamente il ragionamento, ma non tarda poi a impadronirsi e a governarlo», *cf.*: B. DE JOUVENER, *Du pouvoir*, cit. por traducción italiana *Il potere*, Milano, 1947, p. 55.

(51) Como se ha observado acertadamente, la interpretación de las normas, es uno de los problemas fundamentales que el Derecho plantea continuamente en su desarrollo y evolución de conformidad con los nuevos tiempos de la vida social, y que el jurista nunca logra resolver con los medios de su propia Ciencia. *Cfr.*s. RENATO TREVES, *Prólogo* a MAX ASCOLTI, *La interpretación de las leyes. Ensayo de una filosofía del Derecho*, Traducci. castellana de R. SMITH, Buenos Aires, 1947, p. 8; y en sentido similar J. JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «*Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional*», R.E.P. n. 69. 1990.

porque permanecen constantes los términos de referencia o expresiones semánticas (52).

1.2. La nueva «seriedad» de la persona jurídica: recuperación de la profundidad de sus significados históricos como problema prevalentemente práctico.

Aceptar, como hemos argumentado, una representación de la figura que pone el acento en la idea de instrumento o método jurídico al servicio de determinadas exigencias de regulación, merece consenso sólo en la medida en que conduce a excluir una extrema teorización de la subjetividad jurídica autónoma, de modo que descarta toda hipótesis de un principio de absoluta incomunicabilidad de las distintas esferas de intereses, así como toda imagen de una plena inmunidad del sistema de acción global de la actividad de empresa a la influencia ejercitable por los diversos estatutos normativos —Derecho del Trabajo, Derecho de la Competencia, Derecho de la economía, Derecho fiscal etc.— para su definición y disciplina. Pero no pueden aceptarse las más amplias implicaciones que a la misma se le pretenden asignar, desconociendo la existencia de efectivos centros de intereses impersonales a los cuales el ordenamiento jurídico atribuye una propia significación subjetiva. Entenderlo de otro modo sería tanto como abrir la marcha hacia una conceptualización que se coloca la evolución a sus espaldas.

La reconstrucción de la persona jurídica como un problema de determinación de las condiciones o reglas de uso de las diversas áreas normativas referibles a centros de imputación impersonales, no sólo no significa, como hemos señalado, vanificar la dinámica realidad social o «substrato real» de los fenómenos de subjetividad colectiva, ni nominalizar el concepto de persona jurídica, sino que consiente más bien en que el procedimiento de la personificación pueda reencontrar buena parte de la profundidad de sus significados históricos. En efecto, puesto que desde este prisma emerge al primer plano su visión como instrumento jurídico para resolver problemas reales, es decir, al servicio de prácticas socio-económicas, incluso a costa de deformarse y reformándose continuamente, resulta posible una progresiva reintegración en la esfera de la «juridicidad»

(52) Cfrs. P. RESCIGNO, «*Inmunità e privilegio*», Riv. dir. civ. *op. cit.* p. 430. Lo que no quiere decir que el concepto de persona jurídica, como el de persona, sea «arbitrario», pues el «curso de su evolución muestra quizás mejor que nada, junto a desviaciones circunstanciales, la permanencia de ciertas notas, cuando una institución es calificada de persona *ficta*, representada, moral, mística o jurídica». Cfrs. F. DE CASTRO, *La persona jurídica. op. cit.* p. 144, quien confirma cómo la persona jurídica se ha «formado, deformado y reformado bajo el impacto de las circunstancias...» *ibidem*.

de diferentes aspectos que el positivismo formalista relegaba a la zona de lo «prejurídico» o «metajurídico» (53).

La consecuencia es doble: por un lado, se recupera para el procedimiento de valoración jurídica, es decir, para la reflexión hermenéutica, tanto el contenido normativo del concepto de persona jurídica, como el concreto ámbito normativo en el que el mismo está destinado a operar, excluyendo todo conceptualismo universalista y omnicomprensivo (54); por otro, se revitaliza una tendencia a dejar emerger la identidad colectiva de los fenómenos organizativos, dando lugar a «actores colectivos» que trascienden los intereses individuales, pero depurando al mismo tiempo toda orientación de las metáforas organicistas o de la parábola de la vida de la «concepción realista» tradicional. De esta manera, la creciente atención a la dinámica realidad social de estas personas —entendidas como cualitativamente diversas de las personas físicas— significa, en definitiva, que el concepto vuelve a «*ser tomado en serio*», evidenciando nuevos perfiles capaces de dar cuenta de las persistentes funcionalidades de esta «forma» respecto a las nuevas estrategias del poder económico y a los propios resultados sociales de la empresa.

En conclusión, el problema jurídico planteado por aquel concepto ilustra inequívocamente la especial necesidad de una interpretación «pragmática» o empírica de una Teoría del Derecho que no se limite sólo al análisis de las normas —*substrato normativo* del concepto— sino que atienda a la observación de los hechos sociales —*substrato real o social*—. De modo que, coherente con el propio dictado y espíritu del art. 9.2, y consciente de la permanente tensión dialéctica entre realidad económica y realidad jurídica, la única vía de adecuada reconstrucción del paradigma de la persona jurídica, resulta ser sólo aquella capaz de asegurar una valoración equilibrada, siempre inestable y abierta a continuos cambios, entre ambos «universos» de la Teoría y el Método del Derecho —normativo y fáctico— (55).

(53) En este sentido expresivas y contundentes son las palabras del prof. F. DE CASTRO, que subraya como, al igual que el resto de las figuras o conceptos jurídicos, la persona jurídica «está basada o es exigida por realidades sociales: un grupo étnico, un municipio...*un consorcio financiero o industrial* tienen por sí mismos una exigencia de relevancia jurídica, mayor o menor, que no debe ser desconocida por el Derecho». *ob. cit.* p. 264. Para este «redescubrimiento» de la «dimensión social» de la persona jurídica, y paralelamente de la empresa, y la creciente expansión del área de acción de los sujetos personificados. *cfrs.* G. TEUBNER, «*Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person*», n. 36, *Am. Journ. Comp. Law.* p. 131.

(54) La relatividad y funcionalidad del concepto aparece ya intuida por PUIG BRUTAU, que es plenamente consciente de que el concepto de persona jurídica «no es un concepto con validez general. El mismo Derecho español carece de sentido uniforme debido a que tampoco es un concepto que se refiera directamente a la solución de un problema, sino que trata de establecer un *enlace* entre una serie de normas y una serie de hechos». Comentario del traductor, *ob. cit.* p. 302.

(55) Orientación que reclama la atención vigorosamente sobre la necesidad de una ciencia jurídica entendida como modo de pensar por problemas y orientado a valores. *Cfrs.* al respecto L. MENGONI, «Ancora sul metodo giuridico», *Riv. dir. civ.* 1984, espec. pp. 332 y ss. Sobre esta orientación «pragmática» de la Teoría del Derecho, como factor o instrumento crítico *vid.* L. FERRAJOLI, *ob. cit. ibidem*. Para un panorama o mapa general de esta creciente orientación empírica o pragmática de la Teoría del Derecho *vid.* G. ZACCARIA, *ob. cit.* pp. 3 y ss.

Y es justo esta visión articulada o integrada de los diversos aspectos, normativo y social o «real», de la subjetividad colectiva en que se concreta la técnica de la personificación, la acogida por el propio Tribunal Constitucional. En efecto, éste, en su creciente preocupación por el problema de la «capacidad de derechos fundamentales» de este tipo de personas, ilustra paradigmáticamente las nuevas claves de lectura y el sentido de la evolución del problema de la persona jurídica como problema hermenéutico. Es decir, de comprensión del funcionamiento y efectivo sentido de una específica normativa en relación a un problema real o suscitado por la actual dinámica histórica de los grupos de intereses implicados, y que debe ser resuelto precisamente atendiendo a estos esquemas de intereses, principios y valoraciones que constituyen el «substrato último» del concepto y de la disciplina que condensa (56). La

(56) En este sentido, la afirmación según la cual la persona jurídica es una «creación del Derecho», correspondiendo únicamente «al ordenamiento jurídico delimitar su campo de actuación fijando los límites concretos y específicos...» (necesidad de una valoración del substrato normativo del concepto) —STCo 23/1989, 5.3—, no es contradictoria, antes se condicionan y se exigen recíprocamente, con su rotunda doctrina según la cual la «plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental» —STCo 64/1988, 12-4 y 137/1985, 17-10—. Con ello, al fondo normativo le añade un fondo sociológico o material y un fondo teleológico y valorativo. Con esta construcción, el TCo, parece desautorizar a aquéllos que consideran que «en base a nuestro Derecho positivo, se puede llegar sin mayor dificultad a la —nuestro juicio— esencial conclusión de que, con ocasión de la recepción en los textos legales de los términos y de las nociones de «persona jurídica» y de «personalidad jurídica» referida a entes sociales, queda realmente *consagrada la concepción formalista* de la personalidad jurídica...», además de consagrar el «dogma del hermetismo», *cfrs.* F. VALENZUELA GARACH, *ob. ultim. cit.* p. 365. Nuestra opinión sin embargo es radicalmente contraria. Primero hay que tener en cuenta la propia vaguedad e inexpressividad, y el confusionismo de la calificación de «formalista», pues no todos los autores entienden por tal la misma reconstrucción —él sitúa el formalismo en el reconocimiento de sujetos de Derecho distintos a los hombres de «carne y hueso» como verdaderos titulares de una relación, pero esta visión puede aparecer todavía más formalista si se tiene en cuenta que la observación de la actual experiencia y cultura jurídicas ponen de relieve el generalizarse de distintos intereses impersonales, sociales, difusos, colectivos, que no pertenecen individualmente a los hombres sino en modos cualitativamente diversos, y que no resulta nada extraño considerarlos como nuevos centros de imputación normativa, enriqueciendo la experiencia jurídica, siempre que se tenga clara la diferencia cualitativa entre unos sujetos y otros. Por otro lado, y es la razón más importante, creemos que una determinada concepción no es nunca el resultado de un hecho legislativo, sino que es el resultado de una calificación compleja en la que intervienen diversos momentos -legislativo, jurisprudencial, la propia práctica económica y la misma imagen del público en general, y por supuesto de la orientación doctrinal dominante-. En este sentido, para la configuración de la persona jurídica con arreglo a la teoría de la ficción o la óptica formalista *vid.* SS. sobre la cláusula del levantamiento del velo, que parten de la persona jurídica como «forma legal (de obligado respeto) que las dota de independencia». *Cfrs.* por todas SSTs 28-5-1984 y 16-10-1989 ar. 6925. Con lo que se produciría aquí un «solapamiento de ficciones jurídicas». *Cfrs.* F. GALGANO, *Delle persone... op. cit.* p. 94 y, sobre su estela, PAZ-ARES,

persona jurídica, en la conceptualización del TCo, queda configurada como un instrumento para resolver problemas reales de conformidad a criterios de la realidad y a criterios de protección y efectividad de las posiciones subjetivas reconocidas en el Ordenamiento, así como de otros esquemas de intereses, principios y valores de interés general. En definitiva, el problema de la persona jurídica, como problema hermenéutico en sentido estricto, no es un mero problema de técnica jurídica sino que ésta debe incorporar, a la vez, criterios de justicia (57).

Precisamente este redescubrimiento de la dimensión real del concepto y la confirmación de la persona jurídica como instrumento jurídico para resolver problemas reales, por un lado, y la confirmación de su relatividad e «historicidad», por otro, permite marcar una significativa apertura hacia la reconstrucción del grupo de empresas como un *nuevo y cualitativamente diverso modelo evolutivo de organización económica y como una diversa técnica o metodología de ejercicio colectivo de la actividad empresarial*. Lo que consiente avanzar significativos pasos en el proceso de comprensión jurídicamente significativa de tales estrategias organizativas, en la medida en que representa una vía idónea para dirigir el esfuerzo del operador jurídico hacia la determinación de aquellas indentidades colectivas de los modelos de organización económica.

Ahora bien, a tal fin se necesita la proyección de una imagen de éstos no como estructuras sociales estáticas, sino como efectivos «subsistemas» máximamente dinámicos orientados hacia una «apertura sobre el ambiente» externo y externo, en función de la activación de la múltiples diversificación de «formas» jurídicas adoptadas por las organizaciones para el ejercicio de una actividad económica y para el despliegue, al tiempo, de un poder efectivo de dirección sobre determinados sujetos (58). Según una evolución emblemáticamente puesta de relieve

op. cit. p. 1593. Como veremos más adelante, realmente aquí estamos ante el conocido fenómeno de la *paradoja de la teoría realista*, según la cual la realidad social de la persona jurídica está en su configuración como realidad jurídica.

(57) Partiendo de una concepción general del Derecho positivo como técnica de ordenación o regulación de las relaciones sociales «con criterios de realidad y de justicia», que permitan acomodar o «sincronizar» el Derecho positivo a las cambiantes realidades sociales, entre otras vías, a través de la intervención jurisprudencial, una interesantísima línea jurisprudencial del TS, manifestaba la conveniencia de recordar «la idea que contribuyó a dar entrada en el mundo del Derecho a las llamadas «personas jurídicas», y que no es otra que «la traducción jurídica de un fenómeno empírico». *Cfrs.* STS 15-7-1988 ar. 5722. Resuenan ampliamente los ecos de las magistrales reflexiones del prof. F. DE CASTRO, en formulaciones todavía hoy no superadas y que recorbran un renovadísimo interés en la actual fase del capitalismo moderno, *vid. La persona jurídica. passim*.

(58) Para la importancia de esta «apertura hacia el ambiente» *vid.* desde el punto de vista empresarial, L. CASELLI, *op. cit.* p. 28, y desde una perspectiva económica A. SUPLOT, *op. cit.* pp. 625 y 626; y G. VARDARO, «Prima e dopo la persona giuridica... *op. cit. passim.* partic. pp. 207 y ss.

por las propias dinámicas estratégicas y operativas de la *actividad y organización de grupo*, como metodología de gestión resultante de un proyecto complejo que combina, contradictoriamente en un inestable equilibrio y tensión dialéctica, elementos de unidad y multiplicidad —unidad múltiple de la empresa de grupo— y factores de cierre o clausura y de apertura hacia su ambiente o contexto relacional externo —autónomo complejo impersonal de actividades o *corporate actor*— (59).

En primer lugar, la revitalización de las perspectiva del «substrato real» y de la identidad colectiva, que no reduce el concepto a mero expediente organizativo sino que en él se condensa toda una estructura de gobierno y por tanto la referencia a una constelación de grupos de interés, desautoriza científicamente un extremo «individualismo metodológico». El abandono de esta orientación resulta obligada si se considera que, en la medida en que conduce a la mera nominalización y disolución de los sujetos colectivos en meros «símbolos verbales», y a representar el complejo organizativo como una simple red de relaciones contractuales (*transactional network*), no permite aferrar adecuadamente en clave jurídica, el «substrato real unitario» —unitariedad que no unidad del centro de decisión y el ejercicio de un poder directivo y organizativo unitario—, característico de la estructura y del funcionamiento de la organización económica del grupo.

En segundo lugar, la necesaria «relatividad» e «historicidad» del concepto de persona jurídica, hoy aceptada de modo prácticamente unánime por los partidarios de las concepciones neorealistas, normativistas y nominalistas confirma la primacía que adquiere el «contexto normativo específico» en el que el poder de dirección y organización del empresario viene actuado, que adquiere una *directa relevancia para su comprensión jurídica*. La crítica de la *metodología organicista o naturalista* que este nuevo paradigma de la persona jurídica induce, consiente recuperar para el procedimiento valorativo característico de la reflexión metodológica y hermenéutica, los diversos «estatutos normativos» y «reglamentos de intereses jurídicos» referidos a los sujetos protagonistas del sistema de acción colectiva propio de la empresa con estructura compleja. Lo que significa, en última instancia, reenviar a los respectivos

(59) Cfrs. G. TEUBNER, «Unitas Multiplex...» *op. cit.* pp. 67 y ss. La propia técnica de personificación aparece como un «decisivo paso hacia una completa clausura operativa, que al tiempo mismo significa un nuevo tipo de apertura ambiental, es decir, un paso hacia aquel vínculo entre clausura y apertura que es típico de los sistemas autopoyéticos y que está en la base de su éxito operativo». Cfrs. G. TEUBNER, «Enterprise corporatism...» *op. cit.* p. 144. Acepta esta visión G. MELIADO, *I rapporti di lavoro... ob. cit.* p. 46. En definitiva, es en este cambiado contexto, más rico y articulado, que las personas jurídicas dejan de ser «personas inertes» y vuelven a ser «tomadas en serio» (DWORKING, *Law's Empire. The Belknap Press*. London, 1986, p. 171, que señala: «De personification is deep: it consists in taking the corporation seriously as a moral agent».

criterios o parámetros interpretativos de los diferentes sectores jurídicos, en relación al cual el criterio de la persona jurídica aparece como totalmente extraño (60). De modo que aflora una nueva y aparente paradoja: el propio sentido de la evolución del problema interpretativo de la persona jurídica conduce a una inversión metodológica, que propone un fundamento constructivo y un principio de solución diverso de esta tradicional conceptualización, a la hora de reconstruir las relaciones jurídicas en las empresas colectivas de grupo.

Desde esta perspectiva, la cuestión que se plantea ahora es la de verificar si, el problema de la comprensión jurídica del modelo de la empresa de grupo, puede encontrar un adecuado planteamiento y un satisfactorio principio de solución a través de la moderna conceptualización de la persona jurídica, con la que ciertamente interfiere en diversos aspectos. Y ello fundamentalmente en relación a las construcciones más extendidas en nuestro país y en buena parte de los ordenamientos occidentales y que representan la opción metodológica dominante a la hora de afrontar el problema *de quo*: la tradicional configuración de la persona jurídica como privilegio y, sobre todo, las diversas formas del «levantamiento del velo».

2. UNA NUEVA ESTACIÓN DE «INMUNIDADES» Y «PRIVILEGIOS» LA INCORPORACIÓN DEL SISTEMA DE LA PERSONA JURÍDICA A LAS NUEVAS FORMAS ORGANIZATIVAS COMO VEHÍCULO DE NORMALIZACIÓN DE LA ANOMALÍA EN EL ORDENAMIENTO.

2.1. La contradicción entre la «observación legal» y la «realidad social» como principio organizativo de la empresa: la renovación de los presupuestos para una restauración del equilibrio normativo e institucional roto por la práctica económica.

Cuando parecía que la idea de persona jurídica, a través de la revalorización y reinterpretación de su «dimensión real» —según hemos señalado— había reencontrado buena parte de la profundidad de sus sentidos históricos, corrigiendo la radicalidad

(60) Que el problema de la persona jurídica, como el de la subjetividad, como en general todos los conceptos jurídicos, se resuelve en su «historia» —lo cual viene plenamente convalidado por las tendencias normativas actuales, particularmente en el ámbito comunitario— significa que la individualización de las figuras jurídicas subjetivas, o los centros de referencia o imputación, es un *problema de (re) estructuración de los diversos ordenamientos y de las distintas áreas normativas que definen los estatutos jurídicos de los sujetos* en este caso de los que entran en relación con la empresa, y que por tanto no pueden desconocer las peculiaridades culturales, y los propios principios sobre los que se articulan tales sujetos. *Cfrs.* R. ORESTANO, *op. cit.* p. 268.

de aquella concepción que por largo tiempo pretendió desconectar sistemáticamente el *carácter relativo de la autonomía jurídica* de los sujetos colectivos, así como una plena «neutralidad» en orden a resolver determinados problemas incluso propios del Derecho de Sociedades (61), tal proceso parece invertirse de nuevo en relación a las complejas problemáticas suscitadas por los nuevos modelos de empresa y por las nuevas estrategias de flexibilidad. En efecto, la persona jurídica, lo hemos dicho, recupera una significativa utilidad para la conformación de estas nuevas estructuras organizativas y de la acción de los poderes económicos y empresariales del actual sistema financiero y productivo, en cuanto estrategia jurídica que asegura la «autonomía patrimonial» y la «alteridad subjetiva» de los distintos componentes del complejo, entendidas como «condiciones de éxito» insuprimibles, según un difundido convencimiento. Nos referimos tanto a la «*forma-grupo de empresas*», como a la empresa individual de responsabilidad limitada, organizada sin embargo bajo la «*forma de sociedad unipersonal*», en las cuales la persona jurídica y la consecuente «autonomía jurídico-patrimonial» aparecerían, al menos aparentemente, como la propia y verdadera razón de ser de estas nuevas formas empresariales (62). El concepto parecería prestarse a un nuevo proceso de «definición», de simplificación problemática e incluso de convalidación o, paradójicamente, de «normalización» de situaciones manifiesta y profundamente anómalas desde el punto de vista sustancial o social, es decir, desde el tradicional «substrato real» del concepto, identificado éste, claro está, con un substrato de tipo asociativo personal, y no con un substrato corporativo jurídico, según la concepción de la ficción y la normativista.

(61) Así, no produce «consecuencias prácticas de importancia el hecho de que la sociedad colectiva tenga o no tenga atribuida personalidad jurídica». *Cfrs.* PUIG BRUTAU. *Coment. Trad. op. cit.* p. 304. En el mismo sentido F. GALGANO, que confirma como la «alternativa sí el grupo sea o no sea persona jurídica —tan proclamada en las premisas desde las cuales los jueces declaran moverse— no juega, según la prueba de los hechos, ningún papel determinante de la decisión», *Le società in genere. Le società di persone*. Giuffrè. Milano, pp. 146 y ss.

(62) No cabe desconocer las conexiones entre estos dos diversos instrumentos, hasta el punto que, como se ha señalado recientemente, las S.R.L. de socio único pueden constituir un precioso y válido instrumento para la creación de grupos de empresas, de lo que es consciente la propia Directiva comunitaria que hace referencia hasta más que segura conexión, al prever expresamente que los Estados nacionales puedan establecer medidas específicas en espera de la futura coordinación de las legislaciones nacionales en materia de derecho de los grupos. Tal nuevo tipo social ha sido reconocido y legitimado en diversos países europeos y recibido también a nivel comunitario en la XII Directiva del Consejo n. 89/667/CEE 21-12, (D.O.C.E n. L 395/40 de 31-12-1989). *Vid.* Los dos estudios señalados de los profesores J. DUQUE DOMÍNGUEZ, y ALONSO UREBA, en las páginas de RDBB. 1991 *op. cit.* Una evaluación que confirma el legislador societario más reciente al introducir en nuestro derecho positivo las «sociedades unipersonales» en los arts. 125 y ss. de la Ley 2/1995, 23.3.

De modo que, la concepción «fuerte» de la persona jurídica tornaría con un renovado poder «taumátúrgico», para dar respaldo jurídico a una representación del fenómeno de la actividad de gestión y organización de la actividad de empresa asentada tradicionalmente sobre una doble afirmación: por una parte, la conocida insensibilidad de las diversas esferas de interés relativas a un mismo «sujeto real», es decir, la persona física, por otra, pretendería revalidar la supremacía del perfil societario sobre el propio de la empresa como organización de una actividad económica, identificando la estructura societaria con la estructura organizativa de la empresa (63). Sin embargo, el propio debate sobre la «naturaleza jurídica de la empresa» y la creciente emancipación de su base personal y paralela autonomía como complejo impersonal de actividades, deben interpretarse como intentos de excluir la autorreferencialidad y la propia «reflexividad» del Derecho societario, tratando de distinguir precisamente entre las nociones de «empresa», «persona jurídica» y su substrato real (64).

En todo caso, las nuevas funciones que vendría a asumir la persona jurídica, en relación a estos nuevos modelos organizativos —a través de una organización subjetivamente plural o bien unipersonal—, entendidas ambas como estrategias de *desregulación*, o mejor, de *flexibilización* de las metodologías de organización y gestión empresarial, repropone con renovada intensidad el tema clásico de las «inmunidades» y «privilegios» en el sistema jurídico contemporáneo, particularmente presentes en las nuevas formas de organización colectiva de los intereses empresariales, tanto de tipo económico como —según una distinción hoy urgida de una seria revisión, y en cualquier caso altamente relativizada— de tipo social. Como se ha observado con toda lucidez (65),

(63) *Cfrs.* La propia resolución de 21-6-1990 DGRN fundamento tercero y los comentarios del prof. A. ALONSO UREBA, que explica confirma la imagen de la sociedad de capital unipersonal como un «eslabón en la propia evolución de las formas societarias capitalistas, en el sentido de ser un claro exponente del proceso de institucionalización de las mismas, particularmente de la sociedad anónima, en cuanto formas organizativas de la empresa que se independizan de su substrato originariamente asociacional». *Cfrs.* p. 115. Sigue así las conocidas teorías puestas de relieve en Francia por PAILLISEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise. op. cit. passim.* partic. pp. 4 y ss. y 24 y ss.; y en Italia, *vid.* S. SCOTTI CAMUZZI, «La società con unico azinista come premessa tipica del gruppo societario». *Riv. delle Soc.* 1976, p. 464.

(64) *Cfrs.* G. TEUBNER. «Enterprise Corporatism...» *op. cit.* p. 153.

(65) *Cfrs.* P. RESCIGNO, quien pone de relieve como «también a la democracia de nuestro siglo le tocara el destino de las revoluciones liberales que la han precedido: remover o atenuar antiguas formas de desigualdad, pero en tanto crear nuevas, más sutiles e insidiosas», *ob. cit.* p. 399. Para esta visión de la persona jurídica y la crisis que supuso para la misma el «desvelamiento del aspecto político-social» respecto a su significado de privilegios concedidos «en contra de la igualdad jurídica», es decir, «respecto de su significado de privilegio clasista, al conceder la irresponsabilidad al comerciante, aun cuando la sociedad carezca de realidad asociativa; es decir, cuando la separación del patrimonio del socio y de la sociedad no existe verdaderamente» *vid.* F. DE CASTRO, *ob. cit.* p. 241 y ss. *cit.* p. 241.

la sociedad moderna, lejos de asistir a la eliminación de estos expedientes de exclusión de la observancia del Derecho común, ha podido ver como junto a antiguos estatutos privilegiados nuevos florecían y se consolidaban, especialmente en lo referente al «estatuto del empresario». En este contexto, los nuevos «tipos» organizativos colocan entre una de sus finalidades básicas una razón de mimetismo jurídico, que hace aparecer la persona jurídica nuevamente como punto de referencia de privilegios y de normas francas del derecho común, con objeto de alcanzar una máxima flexibilización o libertad de acción respecto del sistema de vínculos existente (66).

En este sentido, la gran libertad de la que goza el legislador, cuando se trata de individualizar los fenómenos sociales a los cuales dar la capacidad jurídica, facilita enormemente que, una sociedad mercantil, aun careciendo de propia o significativa autonomía económica y social, venga reconocida como alteridad subjetiva. Consecuentemente, en el fondo, estas empresas societarias existen en la realidad del tráfico económico y social única y exclusivamente en la medida en que el Derecho la «constituye» o la «crean», como nuevo y distinto centro subjetivo de imputación. Desde esta óptica, la eventual generalización de la empresa con «*forma de sociedad unipersonal*», y la ya consolidada hegemonía de la empresa con «*forma de grupo societario*» —en la que en numerosísimas ocasiones de la experiencia práctica se comprueba la escasa autonomía de las sociedades integrantes—, ofrecen un ejemplo inequívoco de la propia «funcionalidad» o «instrumentalización» de la autonomía del sistema de Derecho por parte de las fuerzas productivas (67).

Es por eso que, el nuevo complejo de «inmunidades» y privilegios, en uno y otro caso, derivan directamente del concepto de persona jurídica como fundamento constitutivo o como estrategia jurídica de los «nuevos» tipos de organización empresarial que precisamente parten,

(66) Considera sin embargo que no se trata de auténticos privilegios sino de una real diversidad de situaciones de disciplina entre las situaciones individuales y aquéllas colectivas G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*. Giuffrè. Milano. p. 51. Recuerda, sin embargo, la dimensión de privilegio CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Op. cit. pp. 128 y ss.

(67) En términos de implementación social de las prescripciones legales se asiste a una hipótesis emblemática de aprovechamiento o explotación social de la autonomía del sistema jurídico. Cfrs., G. VARDARÒ, «Prima e dopo...» ob. cit. p. 214. Para la imagen del sistema legal como «observación externa de una autoobservación», cfrs. G. TEUBNER, «Enterprise Corporatism...» ob. cit. p. 140, y para la afirmación de la autonomía del sistema jurídico, entendido como esta observación externa de la realidad social autoorganizada, dentro de sus conocidas propuestas sobre sistemas autopoyéticos, autoreferenciales o reflexivos del Derecho, cfrs. mismo autor en «Industrial Democracy Through Law? Social Functions of Law in Institutional Innovations», en T. DAINITIU-G. TEUBNER (eds.), *Contract and Organization. Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, 1986, a propósito de la ley como «external simulation of internal self regulation» p. 269.

por definición, de un espejismo óptico, de una ilusión jurídica, consistente en la no *correspondencia entre sus estructuras sociales y sus estructuras legales*, ya que presenta formalmente separado lo que, desde el plano de los contenidos económicos y de gestión empresarial, constituye una insuprimible unidad. Y una experiencia jurídica consolidada —tanto en el Derecho Societario como en el Derecho del trabajo— acreditan inequívocamente las amplias posibilidades teóricas y efectivas que el reconocimiento del privilegio del poder de hecho sin responsabilidad abre a «usos desviados», que no encuentran más límite que la propia fantasía o imaginación de los sujetos protagonistas.

De modo que habría razones más que suficientes para considerar ambas formas organizativas de la actividad de empresa como una «anomalía profunda en el ordenamiento jurídico» que se sustenta sobre la «artificiosa descomposición del sujeto jurídico, detrás del cual se esconde un poder económico unitario» (68). Particularmente la forma grupo, en cuanto un complejo proyecto de «ingeniería jurídica» orientado a establecer un sistema de delegación fiduciaria del poder de empresa —derivado tradicionalmente de la titularidad propietaria y de la asunción del riesgo— en formas y modos que den lugar, en la situación creada de hecho, en una «estructura irreversible y sustraída al poder de influencia de los detentadores de la propiedad y de los que asumen el riesgo» (69). Lo que, en cualquier caso, hace de la persona jurídica un *significativo factor de flexibilidad social*.

Es justo esta imagen de instrumento de flexibilidad social y económica, lo que nos permite entender como estas nuevas formas organizativas, además de configurarse como recursos innovativos y evolutivos de las fuerzas productivas, se presentan al mismo tiempo como factor «desfigurador» e incluso «deformador» de los tradicionales fundamentos constitutivos de la organización de la empresa y del mercado. Sin embargo, los nuevos usos de «viejos» instrumentos ofrecen una significativa sorpresa, al evidenciar una decisiva particularidad. La novedad y a la vez el *experimentum crucis* de las inmunidades y privilegios, que la interiorización o «colonización» del sistema de la persona jurídica por parte de las nuevas formas de organización empresarial genera, ra-

(68) Cfrs. E. RULLANI. «Dai gruppi alle reti: le istituzioni dell'anomalia». En *Gruppi di imprese e nuove regole*. F. Angeli. Milano. 1991, *loc. cit.* pp. 131 y 135.

(69) Cfrs. E. RULLANI. *op. cit.*, p. 131. Así, este autor considera que la «función económica del grupo» ha sido precisamente «introducir en el ordenamiento la anomalía de una transferencia "injustificada" de poder. Obviamente injustificada desde de los principios privatistas de autonomía contractual, y no desde el punto de vista de un interés público, político, a determinar una transferencia del poder útil a la evolución económica, útil a la construcción de nuevas formas de organización industrial», *op. cit.* p. 133.

dica en la tendencia de estos «privilegios» a convertirse en algo perfectamente «normal», es decir, objeto de pretensiones jurídicas, configurándose como un valor positivo, por tanto, merecedor de específica tutela por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, nos encontramos, con una *extraordinaria capacidad de movilidad de las fronteras entre los usos «normales» y aquellos usos «anormales» de las formas jurídicas* dispuestas por el Ordenamiento para el ejercicio de la actividad económica, fundamentalmente en lo referido a las metodologías de gestión de los recursos productivos, tanto los de carácter propiamente económico o referentes al capital o financieros como los relativos a la gestión de los recursos personales —impropiamente «capital humano»—. Instrumentos antes considerados como inadmisibles, por su significación patológica o negativa desde el punto de vista de la justicia material, pero también por su propia «deformación teórica» desde el punto de vista técnico jurídico, emergen hoy, en aras de alcanzar mejores y más altas cotas de «flexibilidad» y de capacidad de gestión del sistema productivo, como merecedores de un específico reconocimiento y de una sólida tutela por parte del Derecho de Sociedades, que camina hacia esta imagen favorable o positiva de las mismas (70).

Desde esta óptica, es posible afirmar que, no sólo resulta inútil e inconveniente sino también ideológico y mistificador para la comprensión jurídica de situaciones relativamente nuevas, el generalizado recurso a la distinción, aparentemente clara y firme, entre «patología» y «fisiología», o entre «grupos buenos» y «grupos malos» o «abusivos», o entre usos fraudulentos o no fraudulentos del «artificio de grupo». Lo que resulta manifiesto por la razón de que la anomalía aparece insita en su función económica originaria, según es posible advertir cuando se profundiza en los problemas que, en teoría el Derecho debe intentar normalizar. Por tanto, toda orientación metodológica que pretenda articularse sobre una nítida y radical separación o contraposición entre «fisiología/patología» de grupo, no sólo resulta difícil, dadas las crecientes dificultades para delimitar el área de frontera entre ambas situaciones, sino que además resulta altamente improductiva, revelándose como un esquema reductivo y desviado, que termina reproponeando una nueva falsa partida o una falaz dicotomía, en definitiva un nuevo falso problema (71).

(70) *Cfrs.* para esta intrínseca o incluso inmanente anomalía o «sin razón», en relación a la empresa individual de r.l. por todos las durísimas críticas de F. DE CASTRO, *ibidem*, para una vuelta total de la argumentación, abogando por la intrínseca fisiología o funcionalidad de estas figuras, en cambio el discurso moderno del prof. J. DUQUE DOMÍNGUEZ, *ibidem*. En general *vid.* P. RESCIGNO, *ob. cit.* p. 421.

(71) *Cfrs.* E. RULLANI, quien considera que sencillamente esta vía de trazar las fronteras entre fisiología y patología es sencillamente inactuable teóricamente: «*impercorsibile sul piano teorico*» *ob. cit.* p. 134.

Existe, por tanto, una estrecha conexión o un cierto enlace, entre los aspectos de patología y de naturaleza fisiológica, inherentes a estas estrategias de desarrollo de la «innovación» y de evolución en el campo de la organización de la actividad de empresa, que combina indisolublemente el innegable objetivo de optimización de los métodos de producción, con los fenómenos de relativa «fuga» o «huida» del conjunto de vínculos puesto, en diversos niveles y según distintos estatutos normativos, por el sistema jurídico, con relevantes consecuencias no sólo para modelo de desarrollo social y laboral, sino también para el modelo económico, en cuanto alberga enormes potencialidades de distorsión del modelo de mercado competencial. De esta manera, en esta línea de *desvelamiento del renovado aspecto político-social de privilegio*, puede resultar útil indicar que, tal planteamiento, tiene la virtualidad de confirmar y, al mismo tiempo, impulsar un fenómeno jurídico de carácter general, orientado a reclamar un adecuado campo de actuación para los diversos instrumentos de control externo de los diferentes perfiles de la organización económica, incluido el reconocimiento del carácter unitario de los centros de interés personificados.

Ahora bien, es justo respecto a la articulación de este objetivo de mayor alcance —establecimiento de adecuados instrumentos de control público y social de la organización de la actividad de empresa— que, esta imagen del Derecho de los grupos como Derecho privilegiado, muestra sus propios límites de fondo, tanto por defecto como por exceso, perpetuando una extrema hipervaloración e «hipostatización» de esta conceptualización.

2.2. Límites de la reconstrucción del Derecho de las nuevas formas organizativas de la empresa como un Derecho privilegiado: permanente autorreferencialidad del concepto de persona jurídica respecto al problema de organización de la empresa.

En efecto, esta orientación, pese a ofrecer algunas útiles indicaciones para un análisis menos unilateral y más articulado del fenómeno —en cuanto facilita, como acabamos de advertir, la comprensión de una particular necesidad de introducir específicos vínculos al ejercicio de la autonomía privada a través de *acción como grupo o como coalición* de los agregados económicos— evidencia serias limitaciones en relación al problema jurídico suscitado por estas nuevas formas organizativas.

En primer lugar, no es posible desconocer el proceso histórico de la persona jurídica que ha llevado a un enriquecimiento de su problemática, poniendo de relieve su significación polivalente o polifuncional. De modo que su intrínseca neutralidad y relatividad, consiente diversas

posibilidades de servir para *usos ambivalentes*, de tal manera que no se puede identificar sólo con la idea de privilegio, sino que en ocasiones aparece como propia «fuente de perjuicios» para propio socio (72). En segundo lugar, esta visión sigue fuertemente condicionada por la imagen de una relación unidireccional entre los conceptos de persona jurídica y limitación de la responsabilidad, cuando la realidad de los diversos ordenamientos nos muestra el carácter extraordinariamente controvertido de los ligámenes entre ambos conceptos (73). En definitiva, el privilegio o el beneficio de la responsabilidad limitada —excluyente por tanto de la aplicación del art. 1911 Cod. civ.— es sólo el resultado de una determinada opción de política del Derecho, y consecuentemente de un determinado régimen jurídico, y no un efecto automático o mecánico y directo de la técnica de la personificación (74).

Finalmente, y sobre todo, esta perspectiva no permite aportar satisfactorios parámetros para comprender, en positivo, la complejidad de los nuevos referentes con los que deben hacer las cuentas los diversos estatutos normativos, en su interacción con el sistema global de

(72) Para esta posibilidad de un uso «alternativo di norme» vid. B. INZITARI, «La “vulnerable” persona giuridica», *Contratto e Impresa*, p. 691, vid. también ANGE-LICI, «Recenti decisionii in tema di interesse sociale e personalità giuridica», *Giur. comm.*, 1977, I, p. 948, y par. 957, en perspectiva de derecho comparado, en relación a la doctrina jurisprudencial alemana.

(73) En este sentido, la doctrina ha puesto de relieve y las tendencias normativas del ordenamiento contemporáneo vienen confirmando, tanto las mutuas interferencias como las diversidades conceptuales entre tales nociones. De ahí que creemos inadecuada la orientación que postula una identificación entre los conceptos de «autonomía patrimonial» y persona jurídica, de tal manera que la personalidad se haría «casi sinónimo de la autonomía patrimonial y conocido que ésta pueda ser de distinto grado, se genera la consideración de que la personalidad jurídica sea una *cuantificable*...». Cfrs. F. VALENZUELA, *op. cit.* p. 363, de ahí que se pueda hablar de «personas perfectas» o «personas imperfectas» o de la «cuasi personalidad». Pero tampoco esto constituye una afirmación adecuada, la personalidad es un atributo cualitativo, depende de determinadas normas, y por tanto no se subordina ni se condiciona como tal a su grado de autonomía patrimonial: la personalidad jurídica o se tiene o no se tiene, pero no se tiene más o menos personalidad jurídica. Es algo cualitativo y no cuantitativo. Aquí está presente la confusión generalizada entre persona jurídica y sujeto de Derecho, y entre éstos y el concepto de autonomía patrimonial. Que la subjetividad es «insusceptible de valoración cuantitativa» es reconocido por F. GALGANO, siguiendo una afirmación de FALZEA, «Società con e società senza personalità giuridica», *Diritto Civile e Commerciale*. Vol. III. *L'impresa a le società*. Cedam. Padova, 1990, p. 285. Más aún, si el goce de limitación de responsabilidad no es un indicio definitivo, ni siquiera uno de los más relevantes, para deducir una subjetividad jurídica, sí lo es en cambio la autonomía patrimonial.

(74) Ejemplo inequívoco de ello es la previsión de responsabilidad ilimitada para los socios de los «grupos» de interés económico pese al reconocimiento por el legislador español —no así el italiano— de personalidad jurídica propia y diferenciada. Vid. Ley 12/91, de 29 de abril, de Agrupaciones de interés económico (A.I.G.).

empresa. Esta opción, pues, en cuanto vuelve a resolver el problema en una serie de sanciones y «derogaciones» al estatuto excepcional de la persona jurídica, acaba desconociendo su *novedad organizativa* y su función de instrumento de gobierno de la nueva complejidad del ambiente social. En consecuencia, la representación del derecho de los grupos como derecho privilegiado sigue asegurando, aunque en modo ciertamente menos rígido y riguroso, la prevalencia del perfil societario del complejo económico-organizativo sobre aquél, ciertamente más complejo y cualificado de la «empresa», y perpetua los equívocos de la óptica reconstructiva resumida en el binomio —ciertamente mal construido y mal resuelto— «grupo/autónoma personalidad jurídica» (75).

Y las teorías del «levantamiento del velo», también inspiradas en la única conceptualización, aunque corregida, de la persona jurídica, ¿constituyen una auténtica clave de lectura, reconstructiva y operativa, para comprender jurídicamente estas estrategias económicas, particularmente en lo referente a su «normalización» jurídico-laboral?

III. EL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» COMO CLAVE PARA LA COMPRESION JURIDICA DE LA EMPRESA DE GRUPO: LAS LECCIONES DE UN METODO «A SUPERAR».

1. POR UNA «TOMA EN SERIO» EN TÉRMINOS DE POSITIVIDAD JURÍDICA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO»: CRÍTICA DE SU TRADICIONAL CONFIGURACIÓN COMO EXCLUSIVA MANIFESTACIÓN DE UN PURO JUSTICIALISMO DE OCASIÓN.

1.1. Irrenunciabilidad de la idea de positividad: Las teorías del *lifting* como hipótesis emblemática de un nuevo ciclo complejo del proceso de positivización del Derecho.

De esta manera planteado el debate, parece posible dar un nuevo paso, que nos conduce directamente a una cuestión ciertamente compleja, cual es la de valorar en sus propios términos las utilidades que, las diversas formas de la teoría del «levantamiento del velo jurídico», pueden ofrecer para una más correcta «racionalización» y disciplina de las relaciones jurídicas, en el interior de las *empresas colectivas con estructura de grupo*. La referencia es inesquivable si se considera la fuerte acogida que tal óptica viene ejerciendo en la doctrina y jurisprudencia españolas,

(75) En este sentido, se ha observado que la idea de la persona jurídica como privilegio, si por un lado «no está en grado de reconstruir *ex se* los confines que encuentra la situación de privilegio (que necesariamente deben hallarse *ab extra*), por otro acaba con confirmar la hipóstasis de la persona jurídica (que de nuevo no se resuelve en el complejo de disciplinas propias de los sujetos colectivos...), *cfr.s.* G. MELIADO, *I Rapporti di lavoro... ob. cit.* p. 41.

aunque ciertamente con escasos aportes constructivos verdaderamente iluminadores del mecanismo de actuación de esta cláusula, así como de su significado crítico sobre el paradigma tradicional del positivismo jurídico.

Ya hemos tenido oportunidad de indicar cómo la persistente afirmación del principio de la indiferencia jurídica del grupo en sí mismo considerado, en modo alguno ha impedido a la jurisprudencia, y señaladamente la de orden laboral, el examen particularmente penetrante de los comportamientos de las sociedades vinculadas e integradas en un grupo, al objeto de verificar la existencia, en los casos específicos objeto de enjuiciamiento, de mecanismos dirigidos a mostrar como formalmente fragmentada una relación sustancialmente unitaria (76). En los planteamientos tradicionales de este problema, una de las cuestiones nodales ha vertido —y sigue todavía hoy vertiendo— sobre el interrogante en torno a la amplitud de la autonomía privada en el recurso a la figura de la sociedad persona jurídica (77).

(76) Ilustrativa de la filosofía dominante en la jurisprudencia y doctrina en materia es la STCT de 4-7-1984, *cit.*, que concluye afirmando que no atribuir la cualidad empresarial, con «todas sus consecuencias» al grupo como «colectivo patronal» como vía para evitar la elusión de responsabilidades laborales. *Vid.* el comentario crítico de EMBID IRUJO, «Caracterización jurídica del grupo de sociedades...» *ob. cit.* pp. 564-586. Esta misma visión del grupo como contexto de fraude *vid.* SSTs de 11-12-1985 ar. 6094, 3-3-1987 ar. 1321, 9-6-1987 ar. 4316, 8-6-1988 ar. 5256, 12-7-1988 ar. 5802, 12-12-1988 ar. 9592, 1-7-1989, ar. 30, 1. 1990, ar. 233, 3. 5. 1990 ar. 3946, entre otras; y STCT de 9-12-1988 ar. 8202, y 22-2-1989 ar. 97; y SSTSJ País Vasco de 19-1-1991 ar. soc. 269, y Cantabria de 27-1-1992 ar. soc. 88, entre otras. En doctrina para esta visión restrictiva *vid.* E. GONZÁLEZ BIEDMA, «La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales». Relaciones Laborales (RL) Tomo 1989-II, quien afirma que la responsabilidad del grupo «sólo puede reclamarse sobre la hipótesis de situaciones que pudiéramos calificar de irregulares... y, cuando, en suma, se usa abusivamente la figura de la personalidad jurídica». p. 220, también L. M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*. MTSS. 1987, pp. 117 y ss.; F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeos: el caso español», Documentación Laboral (DL), n. 33, 1991, pp. 37-53. Más aperturista es la posición del prof. J. L. MONEREO PÉREZ, sobre la base de un concepto realista de empleador y una noción objetiva y socio-económica de empresa, *vid.* «Aspectos laborales de los grupos de empresas». REDT, n. 22, 1986, p. 117.

(77) La posibilidad de desarrollo en este marco ha estado siempre presente en los primeros y más clásicos estudios —y también los mejores— del problema, *cfrs.* R. SERICK, quien ponía de relieve cómo «un estudio completo» de los problemas que suscitan las «relaciones jurídicas entre sociedad madre y filial, *trust* y *Konzerns*», haría surgir situaciones de diversa clase que «autorizarían que se postergara la forma de la persona jurídica», *ob. cit.* p. 251, y PUIG BRUTAU, señalaba en su comentario de traductor que uno de los «grandes temas de nuestros días es el que nos ofrece estas sociedades jurídicamente independientes y económicamente dominadas», en las que es posible «vislumbrar un posible y amplio campo de aplicación de la *disregard doctrine*», *ob. cit.* p. 319. En la doctrina más reciente *vid.* por todos EMBID IRUJO, «La Regulación Mercantil de los Grupos de Sociedades». La Ley, 1989, id. «En torno al levantamiento...» *ob. cit.* p. 612 y ss. *vid.* R. DE ANGEL YAGÜE, *El levantamiento del velo de la persona jurídica*, *ob. cit. passim*, y para una perspectiva de Derecho Comparado *vid.* los diversos trabajos en el libro *Responsabilità limitata e gruppi di società*. Quadem. Giur. Comm. 1987, pártic. *vid.* p. 74. Más recientemente *vid.* C. BOLDO RODA, *El «levantamiento del velo» y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Madrid. 1993.

En este sentido, la plena conciencia de la dimensión instrumental de la personalidad jurídica en nuestra jurisprudencia, y su decidida opción a favor de la doctrina del «levantamiento del velo» como técnica de control de los «abusos» de aquel concepto, hacen de nuestro Ordenamiento jurídico —pese a la carencia de específicos enunciados normativos en orden a la represión de tales abusos— uno de los más sensibles a los temas actualmente claves de la transparencia contractual y organizativa y de la plena responsabilidad en la conducción de las relaciones económicas y sociales (78). De ahí que, esta doctrina, represente un estimable instrumento en orden a colmar lo que en otro caso habría sido considerada una «intolerable» laguna de regulación (79), en nuestra opinión, más aparente que real, dada la propia estructura del concepto que implica una «norma general de remisión» a un sistema jurídico global (80).

Esta «técnica» viene firmemente a «revisar» el sentido carismático y el «poder taumatúrgico» que una determinada «concepción» ha querido atribuir al concepto, subrayando inequívocamente las posibilidades y, al mismo tiempo los límites operativos, de esta construcción, en orden a garantizar —por expreso mandato constitucional *ex art. 9.1 y 9.2, y 24 CE*— la plena vigencia de dos Principios Generales del Ordenamiento Jurídico con fundamento constitucional. Es decir, por un

(78) Las múltiples inquietudes doctrinales en relación al tema del «abuso de la persona jurídica» y de ruptura del «hermetismo» y del carácter dogmático de la misma, ha dejado ahora ya de ser un mero horizonte para convertirse en un poderoso punto de impacto en la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo. La más reciente jurisprudencia viene afrontando reiteradamente y desde puntos de vista profundamente diversos, el tema de la autonomía subjetiva de la persona jurídica societaria. *Cfrs.* por todas últimamente SSTs de 2-4-1990 ar. 2687, 26-1-1991 ar. 9793 y 12-11-1991 ar. 8234; SSTs de 28-5-1984 ar. 2800, 24-9-1987 ar. 6194, 25-1-1988 y 20-6-1991. *Cfrs.* para la constatación de un uso sobre la base de presupuestos y finalidades diversos respecto a los usuales e históricos reclamados por la doctrina, en la jurisprudencia italiana B. INZITARI, «*La vulnerabile...*» *ob. cit.* y también en «*La repressione dell'abuso della persona giuridica*», *Le Società*, 1988, pp. 457 y ss. y para la doctrina española, en sentido abiertamente crítico, *cfrs.* EMBID IRUJO, «*En torno al "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica de una sociedad anónima*», *Comentario a la STS Sala I, 2-4-1990, cit. La Ley*, Tomo 1990-4, p. 613. Más recientemente *vid.* Ss TS de 12-2-1993, art. 763 y de 30-7-1994, art. 6308.

(79) *Cfrs.* J. M. EMBID IRUJO, para quien el problema del abuso de la persona jurídica «pone de manifiesto la existencia de un vacío jurídico -una auténtica laguna legal, podríamos decir- que, a tenor de las convicciones éticas vigentes en nuestro tiempo, parece reclamar la intervención del legislador. La actuación vicaria de los tribunales se justificaría, pues, por esa carencia normativa reseñada que, en nuestro criterio, no debería perpetuarse en el tiempo». «*El "levantamiento del velo" una vez más*». En *La Ley*, T. 1992-1, p. 343, y también p. 346.

(80) Para una visión de la persona jurídica como un concepto en el que se halla «implícita una norma general de remisión», en el cual el «círculo de obligaciones y la esfera de poderes» atribuidos está «determinado, lo mismo que para el hombre, por la suma de todas las normas vigentes». *Cfrs.* R. SERICK, *ob. cit.* p. 260.

lado, la necesidad de atender primariamente a la realidad de las relaciones sociales y jurídicas puestas en juego —*primacía del principio de interpretación de conformidad con la realidad* ex art. 9.2 CE y art. 3.1 Cod. civ.—, y, por otro lado, el deber de tutelar en modo preeminente los diversos derechos e intereses actuados en el sistema jurídico —*principio de efectividad de la tutela* ex art. 9.1, 10.1 y 24 CE— (81). De ahí que, esta corriente se mueva inequívocamente, pese a una cierta confusión y uso promiscuo y poco transparente de los fundamentos jurídicos, en el plano de la *estricta juridicidad*.

Sin embargo, y sin dejar de reconocer la decisiva influencia que tales teorías (*lifting the corporate veil o disregard of legal entity*) han ejercido en el amplio movimiento de reacción frente al realismo antropomórfico gierkiano, reprimiendo las nuevas y más sofisticadas formas de abuso, es frecuente una cierta descalificación de las mismas, objeto de críticas a veces severas y densas de preocupaciones e incluso de temor. Se registra, pues, una actitud en buena medida «esquizofrénica» y orientada por un doble lenguaje que revela, en nuestra opinión, una mala conciencia y una falsa ciencia: por un lado, pocos autores niegan su utilidad como criterio de valoración satisfactorio en el plano de la justicia sustancial pero, por otro lado, se insiste decisivamente en una comprensión de las mismas que las presenta, al mismo tiempo, como una permanente y no desdeñable amenaza para los «sacrosantos» bienes de la certeza del derecho y de la Seguridad jurídica (82). Ni siquiera los

(81) Es por tanto una ilustre manifestación del método de la jurisprudencia de valoración o axiomática, expresivo de un pensamiento fuertemente crítico frente al tradicional formalismo jurídico y positivismo normativo, pero que en absoluto abandona la estricta juridicidad —aunque aporta una nueva idea de la misma como veremos—, en cuanto se trata de sentencias que «han valorado la personalidad jurídica en su propio sentido», desligándose no de un concepto, que estiman legal y respetable, sino de un «mito» el del «hermetismo de la persona jurídica» y de una «concepción» aquella «formalista», decidiendo los casos planteados «considerando la realidad de las relaciones jurídicas (*fondo sociológico y evolutivo*) y la *finalidad de las disposiciones legales* (fondo teleológico). Cfrs. F. DE CASTRO, *ob. cit.* p. 245.

(82) Ilustrativas al respecto son las palabras del prof. A. POLO, que en términos apocadípticos afirma que cuando «el Derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias, el *daño que resulta de no respetar aquéllas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga*» (*la cursiva es nuestra*), *vid.* prólogo libro R. SERICK, *ob. cit.* p. 11. Este -aparente conflicto- está también presente en las obras del prof. R. SERICK, *partic.* p. 40, e incluso el prof. F. DE CASTRO, *ob. cit.* p. 248. Más de un cuarto de siglo después se siguen manteniendo monolíticamente y sustancialmente invariadas las mismas indicaciones por la doctrina civilista y mercantilista más reciente, *cfrs.* EMBID IRUJO, que partiendo todavía del tópico del conflicto entre los valores de justicia y seguridad, pone de relieve la necesidad de que «el propósito loable de conseguir mayor justicia material en el caso no se vea acompañado de una merma excesiva de

más radicales críticos de esta opción metodológica, que la configuran como auténtico «error» o «defecto metodológico», con consecuencias prácticamente fatales para los característicos rasgos de previsibilidad y certeza, presuntamente propios del sistema de Derecho tradicional, pretenden desacreditar los diversos fallos jurisprudenciales desde el plano material, dirigiendo su crítica «únicamente al proceso argumentativo utilizado», porque lo que no sería sino un «claro problema de *interpretación de normas*, se nos presenta como un supuesto de aplicación excepcional de la equidad a fin de evitar las deducciones «obvias» del dogma de la personalidad jurídica» (83).

De ahí que, irremisiblemente, se concluya proponiendo, incluso por la doctrina a favor, una orientación máximamente cautelara y altamente restrictiva en relación a la permisividad de esta práctica judicial, requiriendo la puntual verificación en cada caso concreto de las «circunstancias excepcionales» que así lo permiten, evitando su uso generalizado (84). La imperturbable creencia en un absoluto respeto a los

seguridad jurídica», *«El levantamiento del velo una vez más...»* *ob. cit.* p. 343, y tras reconocer la «inseguridad en que se mueve la aplicación judicial de la doctrina», *ibidem.* p. 346, concluye inequívocamente que la «diversidad de consecuencias jurídicas originadas por la común aplicación de la técnica del "levantamiento del velo" resulta, en nuestra opinión, injustificada y conduce, cuando menos, a vaciar de contenido a la misma, desplazándola de su campo "natural" de aplicación, en el que, como hemos visto, debe aplicarse con particular cautela». *vid.* «Regulación mercantil de los grupos de sociedades», *ob. cit.* p. 989 en la obra *«Regulación mercantil de los grupos de sociedades»*.

(83) *Cfrs.* A. F. PANTALEÓN PRIETO, *Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 1984, op. cit.* p. 143.

(84) Y, en cualquier caso, se suele acabar insistiendo en un planteamiento que ve en la doctrina una clara impronta «justicialista» para cada ocasión particular, más propio de un Ordenamiento que persigue la realización de la justicia según la equidad que de aquellos otros, como los continentales, basados en la persecución y realización de la justicia según el Derecho. Esta crítica está especialmente presente en la doctrina italiana que desde los grandes mercantilistas, fundamentalmente T. ASCARELLI y W. BIGIARI, ve en las diversas teorías de la «superación de la persona jurídica» un instrumento cuyo mecanismo de realización se reduce a una contraposición entre «la lógica de la personalidad y necesidades equitativas», *cfrs.* T. ASCARELLI, *ob. cit.* 1959, p. 280, nota 31; *cfrs.* también para una acusación de arbitrariedad en cuanto actúa sólo para la satisfacción de las exigencias de justicia del caso concreto, F. GALGANO, *«Lo schermo della società...»* *ob. cit.*, o recientemente G. MELIADO, que pone de relieve como las soluciones cada vez elaboradas «resultan, así, fuertemente deudoras dell'equity y del common sense». *Il rapporto di lavoro... ob. cit.* Para la fijación del dato característico de la producción jurisprudencial sobre el *piercing* en la «falta de líneas directivas fiables», *cfrs.* PARDOLESI, obra colectiva p. 140. Incluso los partidarios de estas técnicas avanzan juicios similares. Así, en la doctrina italiana, un firme partidario de esta técnica como P. VERRUCOLI, considera que tales técnicas no son sino el resultado de la mera «actividad política de las Cortes y del legislador en vista de la solución de problemas... ignorados en la época pionera», *ob. cit.* p. 53, nota 90; en sentido similar se adviene que los casos reducibles al *lifting* no constituyen un auténtico

valores, no sólo jurídicos sino también económicos, de certeza del Derecho y Seguridad Jurídica, justificarían y exigirían una reconstrucción de la doctrina del «levantamiento del velo» a través de los conocidos mecanismos de la *dialéctica «regla-excepción»*.

Pero en estos diversos grupos de críticas, y sin perjuicio de los aspectos de verdad que en ellos se contiene, es posible advertir inequívocamente no sólo una *insuficiente comprensión del significado jurídico de la misma* —más evidente en la doctrina italiana a la que un cierto sector doctrinal español sigue algo acríticamente, trasladando construcciones poco arraigadas en nuestra experiencia jurídica— sino, y sobre todo, el *cumplimiento por parte del jurista de una específica función ideológica*. Coeficiente ideológico que aquí resulta particularmente manifiesto, en cuanto se tratan de ocultar los presupuestos de política del Derecho bajo el socorrido manto de la crítica exclusivamente científica o asentada sobre argumentos de «estricta técnica jurídica», aparentemente depurados de cualquier «contaminación» pre-jurídica o meta-jurídica. En el fondo de esta orientación es posible apreciar un claro prejuicio positivista, más o menos consciente, no sólo como ideología, sino como método y Teoría del Derecho, suavizada, paradójicamente, con un cierto iusnaturalismo histórico-crítico (85).

En nuestra opinión, sin embargo, creemos posible afirmar con razonable certeza la profunda y *estricta juridicidad* de estas técnicas e incluso su *propia positividad*, que implican un método de desarrollo

método constructivo, puesto que no «revelan ningún considerable principio fuera del rechazo del legislador o de los jueces de aplicar la lógica del principio afirmado en el caso *Salomón* cuando contradice demasiado manifiestamente el sentido de la justicia, la oportunidad o el interés del Fisco», *cfrs.* L. C. B. GOWER, *Principles of Modern Company Law*. Stevens. London, 1979, p. Este mismo juicio de imprevisibilidad de la técnica, de inexistencia de una fórmula general válida para todos los casos, debiendo considerar las situaciones según los aspectos de hecho, así como su esencial carácter justicialista, aparece en la doctrina española firme partidaria de la cláusula, *vid.* por todos recientemente J. M. EMBID IRUJO, que la configura como un recurso *in extremis* o *ultima ratio* que no posee más lógica explicativa que evitar una aplicación lógica o mecanicista del Derecho o de principios que contrastan demasiado manifiestamente con el sentido de la justicia, siendo un «sustitutivo de la aplicación de la ley», «*En torno al levantamiento del velo...*» *ob. cit.* p. 612, útil en aquellos casos en que fracasadas todas las vías argumentativas o hermenéuticas —es decir estrictamente jurídicas— no sería posible encontrar «solución justa en la aplicación positiva de la ley», *ob. cit.* p. 613.

(85) En los tiempos más recientes, de conformidad con los nuevos vientos desreguladores y de políticas neoliberales y de apoyo a la agilidad y flexibilidad del tráfico económico, los estudiosos del «nuevo sentido» del concepto de persona jurídica vuelven a levantar un cierto «velo» o arrojar una cierta cortina de humo sobre «el trasfondo económico social de la utilización del concepto de persona jurídica», como advertía DE CASTRO en relación a las causas que dieron lugar a la «mitificación» de la persona jurídica. De ahí que aquel proceso reciente de «deformación», aunque en esta vez, en sentido fisiológico, de la persona jurídica que hemos señalado venga inspirado en las mismas causas.

judicial del Derecho «inmanente a la ley», entendida en el obligado sentido ordinamental, y en modo alguno «sustitutivo» de ella (86). Otra cosa es, como luego señalaremos, que esta Teoría y este problema —y aquí está una útil indicación de método para afrontar los problemas del grupo— implican una *nueva idea de positividad, realizada a través de un ciclo mucho más complejo y articulado*, en línea plenamente arónica con la revisión operada por determinadas corrientes hermenéuticas actuales, «superadoras» del «positivismo jurídico» pero no de la «idea de positividad». Se trata pues, cosa que rara vez se hace, de suministrar transparencia al mecanismo utilizado, más allá del sincretismo conceptual y argumentativo y del uso jurisprudencial confuso o promiscuo de técnicas jurídicas, difícilmente distinguibles en el plano operativo e incluso no siempre fáciles de distinguir en el terreno conceptual (87).

La crítica jurídica —y por tanto política— a estas posiciones, que seguiremos denominando pese a su pretendida «modernidad» como tradicionales o incluso «conservadoras» —en cualquier caso debe tenerse en cuenta la enorme relatividad de estas expresiones, de por sí poco significativas— se centra en poner de relieve la *visión extremadamente lineal o unidireccional, y por tanto sesgada, del valor «seguridad jurídica»* en la que tal orientación se apoya, totalmente desconocedora de su sentido ambivalente y complejo, equilibrador de diferentes exigencias e intereses sociales en la compleja sociedad moderna. Y ello desde dos puntos de vista, estrechamente interconectados:

(86) El valor jurídico «*strictu sensu*» de la técnica judicial del «levantamiento del velo» ha sido autoafirmada por el propio Tribunal Supremo (*vid.* S. 12-11-1991 ar. 8234), aunque en términos ciertamente contradictorios pues más abajo, recogiendo la línea dominante de la Sala, entiende que «en uso de sus facultades soberanas (*sic*) al servicio de la justicia», y en el «conflicto ente Seguridad Jurídica y Justicia, valores consagrados hoy en la Constitución», se ha decidido «prudencialmente y según los casos y circunstancias por aplicar *por vía de equidad* y acogimiento del principio de la buena fe...».

(87) Para un intento de clarificación entre los principios de abuso del derecho y de fraude de ley *vid.* el trabajo del prof. L. DIEZ-PICAZO, en *Documentación Jurídica*, n. 4. 1974, que sin embargo, en su preocupación por buscar un principio común, encuentra un dato unificador precisamente en la noción de deber jurídico: el deber de observancia de la norma jurídica, de manera que las diferencias que entre ellos existen, no puede impedir su visión conjunta como límites a la autonomía de la voluntad, en orden a evitar que se produzcan resultados injustos sólo amparados aparentemente en los textos nonmativos. También *vid.* J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ, *El fraude de ley... op. cit.* que considera que el fraude de ley y el abuso de derecho presentan un problema general unitario: se trata de la «relación entre la esfera privada y la esfera pública estatal, entre reglamentación jurídica y autonomía privada individual, entre sociedad civil y sociedad política, en suma, las relaciones entre economía y política y la mediación jurídica», p. 75. Problemas que aparecen particularmente evidentes y adquieren una especial intensidad en los problemas subyacentes a la aplicación de las técnicas del levantamiento del velo.

1. En efecto, desde una óptica más técnico-jurídica, ya hemos visto que la acusación fundamental contra esta técnica judicial es la alta dosis de «imprevisibilidad» que supone la inexistencia de un «criterio general» firme y seguro en función del cual decidir todos los casos, con claro *riesgo para la «seguridad jurídica» en su aspecto de «certeza de la regla de Derecho» y de confianza de terceros en las formas jurídicas* (88). Ahora bien, la fundamentación de estas técnicas sobre los principios generales de la buena fe, el fraude de ley, y el abuso del derecho, así como sobre el método propio de la «teoría de los límites immanentes», tal y como hoy vienen reelaborados y reinterpretados por la Ciencia jurídica más reciente, hace posible «desconjurar» buena parte —y en la medida de lo posible en una sociedad continuamente cambiante y urgida de nuevas regulaciones— de los peligros derivados del denominado «activismo» o «decisionismo judicial», que tradicionalmente ha servido de crítica, aparentemente insuperable para el recurso a aquellas cláusulas generales (89). Y es ésta una convicción firme a la que creemos poder llegar por dos razones principalmente.

En primer lugar, no es posible desconocer el *intenso proceso de tipificación de los casos, o mejor los «grupos de casos»,* o de individualización de «figuras sintomáticas» o indicativas, caracterizado por un riguroso proceso de fijación de los valores e intereses a los que la cláusula reenvía y, al mismo tiempo, de reconstrucción del instrumento conceptual o técnica jurídica que permite realizar o concretar tales valores e intereses (90). En segundo lugar, el mayor riesgo de imprevisibilidad

(88) Para el entendimiento de la «certeza de la norma» como «previsibilidad sobre los efectos de su aplicación» y proscripción de «fórmulas proclives a la arbitrariedad» *vid.* STCO 71/1982, 30 noviembre, *fi.* 4. Lo que exigiría una «depurada técnica jurídica» en el proceso de desarrollo, interpretación y aplicación judicial de las normas, similar o mayor que aquella exigida en el «proceso de elaboración de las normas» (STCO, 150/1990, *fi.* 8). *Cfrs.* para esta crítica PAZ-ARES, *op. cit.* p. 1593, que pone de relieve cómo «el viaje realizado no sólo ha sido innecesario, sino que además, por el camino, ha dejado muy debilitado el rigor constructivo de la jurisprudencia y la calculabilidad y precisión del Derecho».

(89) Esta reconducción es la operada por el prof. R. SERICK, *ob. cit. passim.* y por el prof. E. DE CASTRO *ob. cit. ibidem.* Para una estudio pommenorizado de las posibilidades interpretativas y aplicativas abiertas modernamente por las cláusulas generales como válidas técnicas de tutela de posiciones jurídicas subjetivas instrumentales, en especial su aplicación al ámbito laboral, con amplias referencias bibliográficas a la doctrina iusprivatista más reciente, permítaseme reenviar a mi trabajo, *cfr.* «Hacia una revisión constitucional de la función de la "buena fe contractual" en las relaciones jurídico laborales», en *Rev. Relaciones Laborales*, n. 11, p. 10 y ss., *partic. nota 30.*

(90) Especialmente interesante es la visión de L. MENGONI, que en relación a la cláusula de la buena fe, entiende que es una regla de comportamiento, que no remite a «standards» jurídicos concretos o de «tipo real», sino a modelos abstractos o «tipos ideales» de cómo la persona debe conducirse y actuar, de ahí su vocación de poseer un número indeterminado de aplicaciones, de modelar o de influenciar una gama potencialmente ilimitada de situaciones. «*Spunti per una teoria delle clausole generali.*» *Riv. Crit. Dir. Privato*, 1986, pp. 18-19. Ello lleva a la estrecha relación entre ser y deber ser que hemos señalado en el texto.

advertido es resultado de un prejuicio todavía por demostrar y derivado del paradigma del positivismo normativista, que considera más previsible un comportamiento judicial derivado del respeto a la letra de la ley o fundada sobre decisiones mecánicamente basadas sobre «enunciados» normativos, que aquél derivado de una opción de política jurídica convalidada o compatibilizada con el sistema jurídico. En cambio, a nuestro juicio, la técnica del levantamiento del velo, tiende a favorecer aquella singularizada forma de certeza jurídica y de previsibilidad o transparencia de la decisión que no consiste en la mera seguridad de que los jueces adoptarán un cierto tipo de «fraseología», sino que cristaliza en cambio en la posibilidad de prever qué elecciones cumplirán los jueces dada una cierta orientación de política del Derecho (91). En definitiva, los efectivos riesgos para la certeza del derecho no están en reconocer una situación de necesario margen interpretativo «sino en pensar establecer tal certeza en modo totalmente apriorístico y de poderla taumatúrgicamente preconstituir fuera del concreto proceso de interpretación y de decisión, dentro del cual se trata en cambio de alcanzar no la irrealizable certeza absoluta, sino, concretamente, la mayor certeza posible» (92).

2. La imagen unidimensional del principio de Seguridad jurídica, que hemos señalado presupone la orientación crítica de esta doctrina favorable a un uso extremadamente prudente, es más evidente, y por tanto la función ideológica es más neta, cuando se atiende al aspecto de la protección de la libertad de elección de las formas, realmente el esencial dado su mayor sentido político-jurídico, que implica la salvaguarda del principio de la seguridad jurídica. En efecto, la metodología cautelar que caracteriza, hoy como ayer, la doctrina del «levantamiento del velo jurídico» de la sociedad, encuentra su fundamento real en su carácter plenamente funcional a la existencia de un «área conservadora» del sistema jurídico-económico, que obliga al intérprete a «un trabajo particularmente delicado, porque la superación de las formas asume marcadamente el aspecto de un *control de la autonomía privada*,

(91) Cfr. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, p. 247. Esta misma elección en función normativa, y por tanto de política del Derecho, aparece ya presente en PUIG BRUTAU, quien afirmaba con rotundidad que el Derecho consiste primordialmente en la «minuciosa exposición de situaciones de hecho y en el desarrollo de criterios de política jurídica para resolver los conflictos que de ellos resultan», lo demás es «técnica cristalizada y, en ocasiones, completamente petrificada» comentario del traductor, *ob. cit.* p. 340. De ahí la inesquivable e indiscutible «necesidad de concebir como una unidad fundamental la actividad legislativa y la judicial, como dirigidas ambas al desarrollo de unas mismas razones de política jurídica», *ob. cit.* p. 281.

(92) Cfrs. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, *ob. cit.*, p. 205.

que se tiende a contener dentro de límites más bien restringidos» (93).

Esta imagen sesgada y mistificadora de la Seguridad Jurídica exige una incisiva crítica. La visión que proyecta no se corresponde con su valor real en un mutado «sistema de valores», y en un Ordenamiento donde han plasmado plenamente determinados principios generales, como los de igualdad, dignidad personal y social, solidaridad, función o utilidad social. La regla del Derecho es primariamente acción de valoración de un comportamiento por parte del Ordenamiento, al fin de vincularle los efectos jurídicos por él fijados, en relación a la tutela acordada a las varias «figuras jurídicas subjetivas», sobre la base de los intereses individuales y sociales en juego (94). De ahí que el obligado respeto del principio de Seguridad Jurídica no se identifique sólo con la protección de la libertad, sino que, en ocasiones, es precisamente la Seguridad jurídica reinterpretada, la que se convierte en justificación de una limitación de la libertad en aras de realizar otros valores, bienes e intereses jurídicos constitucionalmente protegidos (95).

Esta interpretación constituye un verdadero y propio *ius receptum* en la doctrina constitucional —aunque todavía ni la doctrina ni la jurisprudencia haya extraído las debidas consecuencias—, que ha dado un significado profundamente diverso y original, mucho más rico y articulado, al principio de Seguridad jurídica. En efecto, en la comprensión constitucional del mismo, se puede producir una decisiva inversión valorativa de la doctrina del «levantamiento del velo». Para ello, es suficiente que deje de recurrirse a la Seguridad jurídica como garantía última del «*status quo*» social y contractual para ser, como dice el TCo, «*equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden*

(93) Cfr. U. MORELLO, *Frode alla legge*. Giuffré. Milano. 1969, pp. 206, 207, *vid.* también p. 112. Es más, como advirtiera P. RESCIGNO, cuando un auténtico sistema de privilegios e inmunidades se vincula directamente a los principios de autonomía de la voluntad, individual o colectiva —caso de las sociedades, sindicatos, partidos políticos— y al principio de la libertad de formas sociales, el privilegio asume un sentido radicalmente diverso, en la medida en que emerge más que como una «forma de aislamiento en el Derecho común» como «uno de los valores positivos de los ordenamientos», objeto por tanto no sólo de garantía, sino también de una función promocional por parte del Estado. *Ob. cit.* p. 393.

(94) Cfr. A. FALZEA, *Voz «Efficacia giuridica»*. Enciclop. del dir.. P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, p. 415 y ss., S. RODOTA, *Ideologie... op. cit.*, pp. 97-98.

(95) Como se ha observado, la función garantista del *favor libertatis* o de su dimensión negativa, el principio de interdicción de cualquier interpretación *contra cives*, ventaja a la cual en una sociedad democrática es oportuno no renunciar, «es cosa diversa y lógicamente distinta de la ilusión iluminista de una absoluta complitud legislativa, que aparece viciada por un claro exceso de confianza en la superioridad del poder legislativo sobre el judicial». Cfrs. G. ZACCARIA, *ob. cit.* p. 204.

jurídico, la justicia y la igualdad en libertad» (96). Con esta doctrina, el TCO, impulsa una cierta inflexión en el proceso de simplificación conceptual y problemática tradicionalmente conducido en orden a las relaciones entre «justicia» y «seguridad», porque la seguridad jurídica no puede dejar de fundamentarse ya, en su dimensión constitucional, sobre un principio inescindible de justicia. Precisamente desde esta perspectiva, la doctrina del «levantamiento del velo», ilustra la perfecta esterilidad y obsolescencia de una abstracta contraposición (97).

Ahora bien, la Teoría del «levantamiento del velo», de esta manera reexaminada, no resulta en modo alguno un fenómeno aislado o atípico, sino que participa decisivamente de la actual evolución de las más recientes teorías sobre hermenéutica jurídica, del estado de la legislación y de las exigencias o necesidades de regulación del sistema. Por lo que creemos es expresión práctica y cualificada del profundo significado y del alcance real del cambio actual en la *idea de positividad jurídica*, que confirma plenamente su valor estrictamente jurídico, aunque marca el punto de *inflexión hacia un diverso «paradigma» de positividad*.

La reconducción dogmática de esta doctrina a «cláusulas generales» firmemente asentadas en las normas positivas de nuestro Ordenamiento —arts. 6.4 y 7.2 Cod. civ.—, cuya interpretación incluso adquiere una dimensión constitucional que obliga a su reelaboración, y en la «teoría de los límites inmanentes» (arts. 9.1 y 10.1 CE) (98), representa

(96) Cfr. STCO 27/81. Para esta lectura ambivalente del principio de Seguridad jurídica, con capacidad para invertir las tradicionales lecturas reductivas y deformantes, en definitiva, absolutamente ideológicas de la misma, puede verse en relación al problema esencial de la teoría del Derecho y de interpretación constitucional moderna, como es el de la *Dritwirkung* o eficacia social inmediata o directa de los derechos fundamentales en las relaciones con los particulares. Cfr. al respecto nuestro trabajo «*Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales*». En Revista de Trabajo y Seguridad Social, julio-septiembre 1991, n. 3. spec. pp. 76 y 77.

(97) De ahí que resulte criticable el planteamiento absolutamente general de la jurisprudencia en materia, que sigue viendo en la aplicación de la técnica del «levantamiento del velo» una expresa toma de partido en el «conflicto entre Seguridad jurídica y Justicia», inclinándose por aplicarla «por vía de equidad y acogimiento de la buena fe», cfrs. por todos STS de 12-11-1991, ar. 8234. Vid. en cambio una interesante línea jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que interpreta el principio constitucional de seguridad jurídica en el sentido de superar «la mera interpretación literal de las normas para buscar el espíritu de las mismas», pero además, teniendo en cuenta que esta búsqueda permanente de la «razón de ser de la norma, debe operarse teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico está en constante renovación y cambio». STS de 12-6-91, ar. 4599.

(98) El uso conjunto de ambas figuras aparece ya desde los primeros estudiosos. Así, R. SERICK, uno de los autores que han dedicado un mayor esfuerzo a la clarificación dogmática y conceptual de la figura, concluye afirmando que la «regla de que en los supuestos de fraude de ley por medio de una persona jurídica, la personalidad de ésta puede quedar descartada, en el fondo no es otra cosa que un caso de aplicación del principio fundamental, generalmente reconocido, según el cual el ordenamiento jurídico jamás debe proteger el abuso de una institución jurídica», *ob. cit.* p. 50.

una visión del problema de la persona jurídica que implica un procedimiento metodológico complejo: por un lado, representa una decisiva relativización del texto de la ley así como un claro ejemplo de la crisis moderna del principio del texto claro y del «literalismo» formalista y «gramatical» —que no del «textualismo»—, por otro, y consecuentemente, se dirige a actuar un procedimiento propio del pensamiento jurídico valorativo, que incluye esencialmente una apreciación teleológica referida a la *ratio* de la norma considerada (99). Esta doctrina, por tanto, comporta la reconstrucción de la operación jurídica efectivamente puesta en funcionamiento, al margen de las formas usadas por las partes, y de una «valoración» del juez en función de los intereses sustanciales puestos en juego, especialmente la ausencia de un interés legítimo colocado en la base de la elección de la forma jurídica concreta —punto de vista negativo— y lesión o daño para intereses de terceros o general —punto de vista positivo—.

Ahora bien, en esta operación, el juez, no es en modo alguno plenamente libre o «soberano» para valorar la «sustancia económica» de la operación realizada, sino que está realmente vinculado a determinadas circunstancias o condiciones concretas, ya sea en el terreno de los hechos como de derecho —determinación de las «condiciones de uso» de la «forma jurídica» a la que la personalidad viene incorporada (100).

El desvelamiento o transparencia de los mecanismos de funcionamiento de la técnica —en relación a la cual poco ha hecho la doctrina más actual— presupone una idea de positividad distinta a la tradicional, que respondía al paradigma normativista del derecho: confirma así la crisis y el definitivo del «positivismo» como método lógico formal de interpretación del Derecho, y como ideología que sitúa al legislador

(99) *Cfrs.* R. SERICK, *ob. cit.* p. 134, donde pone de relieve que «en la aplicación de la doctrina del *disregard* se tiene en cuenta de manera primordial un criterio teleológico». La dimensión creativa de la interpretación derivada de su justificación por los fines o lo objetivos, es decir, por las razones de política del Derecho expresadas en las normas aparece consagrada por la doctrina constitucional como es conocido, *vid.* por todas SSTCO 21/1981 y STCO 15-2-1990. *Vid.* M. ARAGÓN REYES, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989, p. 41. Para la superación moderna por parte de las corrientes del «literalismo» del apotegma «*in claris non fit interpretatio*», y para la necesaria distinción entre «literalismo» y «formalismo», el primero referido a las fuentes de interpretación —que mantiene que el texto es la única—, mientras que el formalismo discutiría las técnicas, procedimientos y métodos para interpretar ese texto *vid.* A. ROVIRA, «*Hermenéutica y Constitución*», *Revista Cortes Generales*, 1990, pp. 42 y ss.

(100) En definitiva se trata de una expresión metafórica para aludir a una forma más elástica y flexible de aplicación de canales tradicionales de compatibilización de las formas jurídicas y las prácticas económicas, más acorde con las características hermenéuticas y culturales de nuestro tiempo moderno. En este sentido debe recordarse que la evolución generalizadora de la técnica siempre que lo exija la «justicia sustancial» no «parece recomendable desde el punto de vista del Derecho continental», *cfrs.* R. SERICK, p. 123.

como exclusivo protagonista del proceso real de positivización. La positividad, pues, no se deja encerrar y no se agota en los enunciados normativos de la ley o en formulaciones o en proposiciones gramaticales —*vid. art. 6.4 cod. civ.*— sino que implica inevitablemente *prestaciones de naturaleza productiva y creadora, que determinan nuevas y diversas posibilidades de concretización del derecho y de las instituciones jurídicas existentes* (101).

Desde esta perspectiva, parece claro lejos de constituir una excepción o una «derogación» a la peculiar normativa de la persona jurídica, constituye un presupuesto ineludible para una estricta aplicación y respeto de su disciplina, atendiendo a sus fines y a la razón de ser de la misma en relación al sistema global de intereses puestos en juego por el Ordenamiento jurídico (102). De tal manera que, un uso más generoso y amplio de la doctrina no significa necesariamente, pesa a la mayoritaria opinión en contrario, ni ampliar desmesuradamente los límites puestos a la autonomía de la voluntad —sigue asegurando un amplio espacio a la libertad de elección de las formas organizativas y a la libertad contractual y de iniciativa económica—, ni tampoco una concesión «anormal» o desorbitada a los poderes del juez, cuya actuación lejos de ser arbitraria y fundada exclusivamente sobre principios de equidad, se adecúa al sistema de Derecho vigente, siempre que no aparezca configurado en términos extremadamente rígidos y estáticos —respeto a la seguridad jurídica—.

En realidad, las múltiples desconfianzas y los amplios recelos doctrinales evidenciados respecto de la técnica del «levantamiento del velo», carecen de originalidad y de sustantividad propia, puesto que, en realidad, no hacen sino reproducir traslaticia y acriticamente los dos factores de oposición que el pensamiento jurídico clásico, imbuido de los principios propios del orden liberal, ha venido dirigiendo contra el pleno funcionamiento normativo de las cláusulas generales, pese a

(101) La doctrina propone, pues, un ideal de justicia social, por tanto un principio político y ético-jurídico, pero especificado sobre el terreno del Derecho positivo a través de un continuo proceso de concretización y realización de cláusulas generales, en función de los problemas jurídicos singulares e históricos. En general sobre este tema de adaptación de los textos jurídicos a las necesidades de justicia de una sociedad «viva» y en continuo cambio *vid. G. ZACCARIA, ob. cit.*, para quien la «positividad jurídica» no constituye «y no puede ser concebida como la expresión casi exclusiva de una autoridad que pone, cuanto más bien como el resultado de un procedimiento y de una praxis articulada de sujetos, que continuamente se hacen: y ya no tolera, por esto mismo, ser definida como “dada” y preconstituida de una vez por todas, según una idea de positividad como un factor encerrable (*rinserrabile*) en un *quid* definitivo y exactamente circunscribible», p. 208.

(102) De ahí que correctamente se haya dicho que «no tiene claro sentido sostener que la desestimación de la personalidad jurídica constituye una excepción», de tal manera que no se trata de «perderle o no el respeto a la persona jurídica, sino de acotar con la mayor exactitud posible los límites dentro de los que aquella debe moverse». *vid. DE LA CÁMARA, op. cit.* p. 34.

contar éstas ahora ya en los ordenamientos contemporáneos, como es el caso español, con un amplísimo y expreso reconocimiento normativo como auténticas y genuinas técnicas legislativas, si bien con una estructura normativa diversa. Ahora bien, superadas en buena medida, o al menos ampliamente neutralizadas desde el punto de vista teórico y positivo-operativo esta doble oposición —atribución de facultades exorbitantes al juez y quiebra injustificada de la autonomía privada—, en la actual etapa evolutiva del Derecho y de la propia dogmática jurídica, entendida cada vez más como Ciencia encaminada a pensar el sistema como problema y «orientada a valores», y que coloca su eje de coordenadas en el respeto al principio de legalidad material y no meramente formal, es manifiesto que la clásica —y todavía hoy dominante— oposición al significado y mecanismo de funcionamiento del «levantamiento del velo» —otra cosa es el confusionismo e incluso oscurantismo metodológico y normativo en el que se mueve la jurisprudencia, sobre el que la doctrina tampoco viene a proyectar una luz adecuada— está irremisiblemente condenada a perder prácticamente cualquier fundamento sólido en el plano técnico, sea en la dimensión normativa sea en la dimensión metodológica y conceptual, para relegarse lisa y llanamente al plano ideológico —respetable, por supuesto desde el pluralismo de valores propugnado por nuestra Constitución, pero no compatible desde los imperativos de la teoría jurídica propia del Estado social de Derecho, igualmente propugnado por la Norma fundamental— (103).

Ahora bien, lo que sí confirma es el carácter de cláusula incómoda, porque representa una crisis significativa, es decir, una puesta en discusión o en tela de juicio, de los tradicionales paradigmas formalista y normativista del positivismo, aunque no la propia idea de positividad, que no sólo no es cuestionada sino que sale enriquecida con un nuevo y más complejo ciclo de realización del Derecho positivo. Se explica así, aunque no se justifica, que para muchos autores pueda resultar una doctrina peligrosa en la medida en que tiende a relativizar las propias fronteras entre lo jurídico, lo prejurídico y lo metajurídico, es decir, entre norma, realidad y valor, según aparece inequívocamente cuando se realiza una labor de efectiva determinación del mecanismo de funcionamiento de la cláusula, buscando su propia transparencia como técnica jurídica, al margen del permanente recurso —según una herencia legendaria— a las imágenes metafóricas y esotéricas, como aquélla representada por la idea del «levantamiento del velo». Expresión que, en el fondo, no es sino una cláusula de estilo o una forma suges-

(103) A esta conclusión llega, en relación a la cláusula del fraude de ley, el prof. J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ, quien afirma que «no se puede decir que la aplicación del fraude amplía el campo de prohibiciones o restringe la autonomía de los particulares, porque no existe una esfera abstracta de autonomía o libertad». *El fraude de Ley: su tratamiento jurisprudencial*. Edit. Montecorvo. 1988, p. 191. Carecen así de auténtico fundamento, a nuestro juicio, los peligros señalados por un cierto sector doctrinal que muestra sus recelos ante una cláusula que sólo se explicaría como construcción o vía doctrinal para incrementar el arbitrio de los Tribunales de justicia, desconociendo el principio esencial del Derecho continental de justicia según el Derecho y no según la equidad. *Cfrs.* en este sentido F. CAPILLA, *op. cit.* p. 71.

tiva —en definitiva, una nueva metáfora del Derecho— utilizada para dar mayor impacto a una operación de interpretación y aplicación de normas, de conformidad a un procedimiento argumentativo complejo, orientado a garantizar las propias condiciones de efectividad o eficacia de las normas del Ordenamiento.

En definitiva, la marcha triunfal que esta «técnica» y esta «práctica» está encontrando en los Tribunales españoles, laborales y civiles, no significa en absoluto la revitalización de una cultura o de un *pensamiento de la sospecha*, sino la difusión de una sana dosis de realismo en el operar de los jueces, plenamente conscientes de las amplias posibilidades que la propia elasticidad y flexibilidad de la persona jurídica abre para usos desviados o puramente instrumentales. Al contrario, esta técnica representa la actuación de un *pensamiento de la crítica* que introduce, con fundamento en un principio corrector y pragmático, gradualmente un auténtico *derecho de crítica* en relación a los efectos negativos que el recurso a la forma de la persona jurídica puede producir, y de hecho produce, en atención a las diversas situaciones de hecho creadas y de la protección de determinados intereses categoriales, que encuentran así una específica condición o factor de legitimidad.

Por lo que, desde esta perspectiva, tampoco puede considerarse esta «doctrina» como «excepcional», en la medida en que es una obligada consecuencia de la correcta aplicación de la norma desde el necesario prisma ordinamental y atención a la finalidad de las normas en relación a la realidad social en que se aplica.

De modo que, en última instancia, el recurso a esta cláusula ilustra la exigencia de articular instrumentos de control de los nuevos «usos anómalos», tanto por los poderes públicos como privados, de la forma societaria de tipo capitalista, como condición ineludible del principio constitucional de protección de todos los intereses legítimos implicados. Constatación que permite explicar el éxito que estos métodos de «superación» en sentido débil de la persona jurídica, han tenido en doctrina y sobre todo en la jurisprudencia para resolver los problemas suscitados por los grupos (104). Más aún si se tiene en cuenta que, esta cuestión, se ha centrado en el estudio de los *efectos inducidos por la adopción de la «forma-grupo» sobre el grado de efectividad de las garantías de los derechos e intereses legítimos de una gama creciente de sujetos implicados en las nuevas articulaciones de las empresas (acreedores, accionistas, consumidores, trabajadores, poderes públicos, etc.)*.

(104) Incluso un tradicional detractor, fuertemente crítico con estas teorías, ha considerado recientemente la significativa utilidad de las teorías del «abuso de la persona jurídica» como instrumento hábil para reprimir los comportamientos patológicos de los grupos de empresas. Vid. F. GALGANO. «*Unità e pluralità...*» *op. cit.* p. 24. El problema sigue existiendo, pues, para los comportamientos denominados «fisiológicos» cuyos índices de problematidad y conflictividad son tan elevados como la propia patología, máxime si se tiene en cuenta no sólo la señalada dificultad para una distinción, sino incluso su inutilidad.

1.2. **La necesidad de conciliar garantías formales y valores sustanciales como imperativo de la positividad: El *lifting* como expresión del principio constitucional de efectividad de la tutela jurídica de una pluralidad de derechos e intereses legítimos.**

Realizadas las precedentes consideraciones parece quedar claro ya que, la solución que propone el recurso a la doctrina del «levantamiento del velo», se centra en la exigencia advertida por los jueces de no limitar la operación hermenéutica al análisis de los datos formales, a través de los cuales aparecen organizados los intereses privados, sino que debe extenderse hasta la realidad sustancial de las relaciones jurídicas, analizando la realidad económica subyacente a la formalización contractual y societaria. De este modo, emerge en la actuación judicial la necesidad de garantizar la «efectividad» de la tutela de los intereses, privados y públicos afectados, con lo que también desde esta perspectiva, la práctica del «levantamiento del velo» puede ilustrar una enseñanza aún más amplia en el plano de la Teoría general del Derecho, puesto que, como hemos señalado, constituye una concreta manifestación de una *concepción axiológica o valorativa del Derecho*, de conformidad con los propios postulados constitucionales, que entre sus derechos fundamentales coloca la «tutela efectiva» de derechos e intereses legítimos (105).

En este sentido, la referencia a la «efectividad» de la tutela *ex art. 24 CE* —lejos de ser un pleonismo o un aditivo inútil— constituye una clara apuesta del Poder Constituyente por una dimensión sustancial de la tutela en el marco normativo e institucional de las relaciones jurídicas, con objeto de conseguir —según una orientación global del propio texto— el máximo grado de actuación o actuabilidad de los valores y principios que constituyen el *substrato último* de las diferentes posiciones subjetivas reconocidas y protegidas por el texto constitucional. En el planteamiento constitucional, por tanto, la realización de la positividad en el ordenamiento jurídico global, particularmente en el ámbito de las relaciones privadas o entre particulares, reside en la misma necesidad real y no meramente potencial de hacer efectivos o actuar los valores que ha asumido como propios o que propugna como ejes cardinales de toda la estructura y de la propia función del Derecho (106). Desde la óptica de los principios del sistema jurídico constitucional, la concepción axiológica del Derecho, presupondría una imagen integrada y

(105) Esta lectura constitucional aparece en la STS de 25-4-1989 ar. 3233.

(106) El Derecho es, en esta reconstrucción, positivo si contiene en sí mismo la exigencia y la potencialidad de realizar los valores asumidos. El ordenamiento es, según la concepción que deriva de la norma constitucional y de la propia interpretación del TCO, «un sistema de valores, y la consideración jurídica es una consideración típicamente axiológica, precisamente porque el Derecho tiene valor y es valor independientemente de su realización... No obstante sigue siendo verdad, en línea de principio... que un derecho al cual le faltase toda exigencia o potencia de realización no sería un derecho positivo, es decir históricamente efectivo y real». *Cfrs. A. FALZEA. Introduzione alle Scienze giuridiche. Parte I. Il concetto del diritto*. Giuffrè, Milano, 1988, p. 397. Para esta visión del Derecho *vid.* entre otras SS. TCO 9/1981 f. 3; 4/1984, f. 2; 53/1985, f. 4; 129/1989, f. 2. y STCo 20/1990, f. 3.

armónica del proceso de «actuación» y definición del Derecho positivo, concurriendo tanto un aspecto material de los valores sociales, como el ineludible aspecto formal de su manifestación externa (107).

Ahora bien, si esta imagen armónica constituye la «situación normal», no siempre podrá registrarse tal acoplamiento, de modo que la manifestación formal puede traicionar, de hecho, el perfil sustancial, de modo que el respeto a la formal no aparece siempre como garantía de «realidad» y de «verdad». En este sentido, debe ponerse de relieve que la idea del valor implica una instancia de realización de concretos intereses atribuida a una determinada actividad o a un determinado comportamiento humano, que conlleven su satisfacción final a través de la predisposición de una serie de reglas orientativas (108). Pero precisamente la propia estructura ambivalente de las formas ideales permite orientar esa acción o ese comportamiento hacia fines u objetivos que traicionan los valores sustanciales, de modo que en ciertas ocasiones el interés y la propia función económica y social que aparecen en la base del reconocimiento no aparecen en la situación creada de hecho, que sin embargo no es irrelevante, como hemos advertido, para interpretar y aplicar el Derecho.

En esta línea de alcanzar la conciliación entre los dos aspectos del valor, formal y material, se puede encuadrar con todo rigor la práctica del levantamiento del velo. Esta técnica acredita que, cuando la elección de una forma concreta como consecuencia del ejercicio de la libertad contractual o de una iniciativa económica, no corresponda a la efectiva situación creada en el plano fáctico, es decir, en el plano de las relaciones sustanciales, definiendo un equilibrio formal de intereses diverso del realmente existente, será esta situación sustancial o de hecho, el referente seleccionado por los jueces para hacer efectiva la tutela, a la que vienen obligados por imperativo constitucional (109). La cuestión

(107) Cfrs. FALZEA, *op. ultim. cit.* p. 249 y ss. Vid. entre nosotros C. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Civitas. Madrid. 1984. También la corriente jurisprudencial favorable cada vez más a una visión amplia de la «interpretación evolutiva marcada por las necesidades y aspiraciones de los nuevos tiempos». SSTs de 10-5-1991, ar. 4271 ó de 9-5-1991, ar. 4267.

(103) Cfrs. FALZEA, pp. 395 y ss.; y para la adopción de esta idea en el Derecho del Trabajo italiano vid. E. CALABRO, *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*. Giuffrè, Milano, 1991, pp. 79 y ss.

(109) La organización de intereses realizada a través de la persona jurídica exige así una lectura constitucional, de modo que el respeto obligado de la misma —como reconoce la propia jurisprudencia— presupone la realización del interés legítimo para la que nació y la no lesión de otros intereses y valores que pueden verse perjudicados por un diferente equilibrio de hecho. En este sentido, la cláusula del levantamiento del velo, es expresiva de la idea según la cual para «definire un diritto positivo e indispensabile mettere a confronto i valori parziali isolatamente presi al sistema di valori e interessi umani a un criterio di valutazione unitario, a quel valore o interesse fondamentale che è rappresentato dall'intero sistema». Cfrs. FALZEA, *Introduzione...* p. 327, nota 101, y ya antes en la *Voz «Efficacia giuridica, Voci di teoria generale»*, *op. cit.* p. 306. Para esta «relación de sistema» vid. STCO 45/1989.

queda planteada, de nuevo, en un problema de garantía de la aplicación de determinadas normas tomando como referente normativo no la formalización jurídica sino la realidad efectiva de las relaciones sociales. En esta línea, el principio de solución del problema de la relevancia del fenómeno de los grupos sobre la disciplina de las diversas relaciones establecidas por las sociedades individuales no podrá abandonarse a los puros datos formales, a través de los cuales se manifiesta la composición de intereses privados, sino que encontrará apoyo en la realidad económica subyacente. Necesidad de garantizar la efectividad de la tutela que asume un particular significado, en razón del especial valor que los intereses que el fenómeno del trabajo subordinado pone en juego, según se desprende de las referencias normativas propias de la legislación ordinaria y sobre todo de la disciplina constitucional. Y en el mismo sentido deberán resolverse las relaciones entre Derecho de la Competencia y la empresa de grupo, en orden a equilibrar la tutela de la libertad de competencia con el progreso económico, o entre el Derecho financiero y los grupos, en orden a tutelar efectivamente el principio constitucional de Capacidad Contributiva, etc. etc.

Ahora bien, es justo desde esta óptica tutelar que aparezcan los límites reconstitutivos y operativos del concepto de persona jurídica, incluso en la relectura de las diversas formas del levantamiento del velo, a efectos de la traducción jurídica general, y particularmente en el área del trabajo subordinado, del fenómeno de la empresa colectiva con estructura de grupo, dada la extrema variedad y problematicidad de los intereses implicados así como por la necesidad de proceder a una compleja articulación/graduación de una multiplicidad de instrumentos de tutela y de estatutos normativos.

2. CONTROL DEL «USO INSTRUMENTAL» DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y EMPRESA DE GRUPO: HIPÓTESIS Y PROBLEMAS.

2.1. La revitalización del «*piercing the veil*» como técnica de represión y de prevención frente a los usos instrumentales antijurídicos: «indicios mercantiles» e «indicios laborales» de la «tiranía social».

Pese a un generalizado convencimiento en contrario, la perspectiva del «levantamiento del velo» no introduce únicamente el límite del «abuso de la persona jurídica», sino que implica un límite más al «uso» y al «valor» de tal concepto (110). Ello permite ampliar el campo de operatividad de esta técnica del control, a hipótesis en las cuales es irrelevante en principio la verificación o no de una situación fraudulenta. Sin embargo, ni uno ni otro constituyen, como venimos afirmando, parámetros hermenéuticos o claves de lectura adecuados para dar respuesta a los, múltiples y complejos, problemas

(110) Prácticamente unánime es el error en que incurre la doctrina al equiparar el levantamiento del velo con la idea del abuso de la persona jurídica, adoptando una perniciososa lectura reductiva de la formulación hecha por R. SERICK, sin duda, el trabajo más serio, aunque insuficiente en los momentos actuales, de reconducción de aquella técnica a esquemas conceptuales y normativos rigurosos.

jurídicos que tales modelos de organización empresarial plantean al sistema de Derecho en general, y particularmente al Derecho del Trabajo, dada la diversidad de referentes y de conflictos de intereses tomados en consideración para la disciplina del trabajo subordinado.

Por lo que refiere al primero de ellos, ya hemos señalado cómo, el problema jurídico del «grupo de empresas», representado fundamentalmente como «nueva» forma de utilización instrumental de las sociedades y de la persona jurídica, sigue todavía hoy fuertemente condicionado por los términos en que viene planteado y resuelto históricamente el debate, hoy actualísimo, del «caso-tipo» del abuso de la autónoma personalidad de la entidad societaria. Modelo histórico que se centra, como es conocido, en la verificación de una situación de «tiranización» y «usurpación de soberanía» de la sociedad por el socio dominante que, evidenciando *la pérdida de individualidad jurídica*, propone el «desconocimiento» de la persona jurídica de un sujeto para atribuir determinados comportamientos a otro sujeto, según las históricas líneas de intervención propias de la responsabilidad patrimonial y por insolvencia de las sociedades (111).

En esta línea, la idea del abuso de la forma de grupo —la empresa «travestida» de grupo—, ha inducido ciertamente una significativa ampliación de la conciencia social y jurídica acerca de los fenómenos —no

(111) En este sentido, el problema del «levantamiento» (*lifting*) del velo de la persona jurídica, se configura más bien que como una operación de «superación» o «desconocimiento» de las formas jurídicas, como un particular perfil del problema de la responsabilidad jurídico-patrimonial y por insolvencia de las sociedades, lo que constituye una cuestión ciertamente relacionada pero no identificada. Como ilustra la sentencia que más ha influido en la consolidación de la figura en la actual jurisprudencial, en buena parte de los casos suscitados ante los Tribunales, la «tesis y la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al *socaire* de esa ficción o forma legal (*de respeto obligado, por supues-to*) (...) no significa...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... cual sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la *determinación de su responsabilidad at contractu* o aquiliana», STS 28-5-1984, ar. 2800. Se produce, de esta manera, un significativo paso de aproximación a la diversa teoría del empresario oculto —y del socio oculto según la versión societaria— de W. BIGIARI, cuya doctrina expresamente se reclama al aludir a aquella doctrina extrajera que afirma que «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» Cfr. R. SERICK, *op. cit.* p. 11 y F. DE CASTRO, *op. cit.* p. 242. En la doctrina italiana *vid.* sobre el particular las tesis formuladas con referencia al «empresario indirecto» u «oculto», y su extensión como «socio tirano» al terreno de las sociedades W. BIGIARI, *L'imprenditore occulto. ob. cit. passim*, y otros muchos escritos, como «*Società controllata e società adoperata come cosa propria*», G. I. 1959-1, p. 623 y ss.; A. PAVONE LA ROSA, «*La teoria dell'imprenditore occulto...*» *ob. cit.* p. 621 y ss.; G. LA VILLA, *Società strumentali e profili di responsabilità. ob. cit. passim*; y sobre el estado del debate *vid.* G. SCHIANO DI PEPE, *I gruppi di imprese. ob. cit. part.* p. 119 y ss. Interesante para la situación actual en la jurisprudencia S. Cassazione 26-2-1990, n. 1439, FI, 1990-1, 1174, comentada por F. GALGANO, «*L'oggetto della holding è dunque l'esercizio immediato e indiretto dell'impresa*», en *Contratto e Impresa*, 1990, p. 401 y ss.

infrecuentes en la actual práctica económica, financiera y empresarial— de pura «instrumentalidad» de las estructuras societarias y de la persona jurídica. Perspectiva que no sólo ha marcado el propio nacimiento de las reflexiones de la doctrina mercantilista sobre las empresas «vinculadas» o «coligadas» —orientada por la observable constatación de las «anomalías» producidas, ya en la primera fase evolutiva del capitalismo, por sociedades «de cómodo», constituidas y actuadas para servir exclusivamente a fines ajenos— sino que además, habría conservado prácticamente inmutada toda su capacidad de sugestión también en las posteriores etapas de desarrollo. De modo que, estos sucesivos intentos de corrección, no han conseguido articular nuevas líneas teóricas y problemáticas, diversas a aquéllas de las cuales han extraído su origen, y más conformes con la propia complejidad de las nuevas estrategias empresariales, entendidas como formas expresivas de un nuevo modelo organizativo y de una nueva metodología de gestión de la actividad económica de la empresa (112).

Sin embargo, así planteados los términos del debate sobre los grupos societarios, los límites para una adecuada «sanción» de los posibles abusos actuados a través de estas nuevas formas organizativas, aparecen de inmediato, abriéndose no desdeñables interrogantes para conseguir este objetivo de control y gobierno efectivo por el Derecho, particularmente en lo referente a las elusiones de la normativa laboral. En este sentido, las dificultades son tanto de orden teórico como de tipo práctico u operativo —fundamentalmente de carácter procesal (113)— y derivan fundamentalmente de dos hechos:

1. Por un lado, el ya indicado carácter altamente artificial y la creciente inutilidad —incluso la función netamente ideológica— del criterio que desde hace tiempo viene condicionando el debate sobre este tema, y que se resuelve en la distinción entre «patología» —actividades empresariales efectuadas con el fin prevalente de eludir la legislación «tuitiva»— y «fisiología» de grupo —formas de agrupación que responden a efectivas exigencias de organización y gestión empresa-

(112) Para una profundización de estos problemas y de la actuación de las diversas sociedades del grupo como *instrumentalities* de la sociedad dominante *vid.* K. J. HOPT-G. TEUBNER, *Corporate governance and Directors' Liabilities*. De Gruyter. Berlín-New York, 1985; A. MAZZONI, «I gruppi di società nel diritto statunitense». En A. PAVONE LA ROSA (a cargo de), *I gruppi di società. Linee per una ricerca*. Il Mulino. Bologna, 1982, pp. 384 y ss.; XUEREB, «Interesse della società, interesse degli azionisti e dei dipendenti nella company law en el progetto di V direttiva CEE». *Contratto e Impresa*, 1988, p. 937 y ss.; *id.* «Limiti "bona fide" al poteri della maggioranza nella "company" inglese», *ibidem*, 1986, p. 175 y ss.; y entre los estudios que han recibido y a veces criticado la teoría de la *agency* y la noción de *control*, frecuentemente utilizada por la jurisprudencia anglosajona junto a la *teoría della entreprise entity*, *cfrs.* F. DE NOZZA, *Le discipline delle intese...* *op. cit.*; G. SCONAMIGLIO, «La responsabilità della società capogruppo: problemi e orientamenti», *Riv. Dir. Civ.* 1985-1, partic. pp. 389 y ss.; G. SCHIANO DI PEPE, *I gruppi di imprese. op. cit.* pp. 108-115.

(113) Para los problemas de orden procesal, que son los mismos, que los de la persona jurídica, *vid.* FONT RIBAS, «Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses». *RJC*, n. 4 1982, y para algunos problemas teóricos, *vid.* G. MELIADO, «I persistenti dilemmi...» *ob. cit.* p. 60.

rial—. En este sentido, tales líneas de demarcación, no sólo aparecen cada vez más relativizadas, difusas e inciertas, sino que incluso resultan impracticables por el sentido fundamental de «anomalía» que reviste esta nueva «invención jurídica», caracterizado por la búsqueda de vías de escape del sistema de vínculos ordinarios —razones de mimetismo jurídico— (114).

2. Por otro lado, la limitada capacidad de reacción de los tradicionales «indicios mercantiles» sobre la «tiranía social», frente a situaciones de abuso vinculadas a estructuras y estrategias de organización en las que se actúa un poder de gestión unitaria que, aun formalmente amparado en Derecho, puede orientarse en su dinámica de funcionamiento hacia formas de explotación abusiva de la alteridad subjetiva empresarial. Desviación que encuentra un especial caldo de cultivo en la creciente pérdida de estabilidad y certidumbre de los clásicos centros de imputación jurídica, y de la extrema «reticularización» de las relaciones orgánicas y funcionales que tienen lugar en el «ámbito» de las empresas colectivas complejas, que culminan, como se vio, en una máxima relativización y flexibilización de la estructura de la empresa y de la figura del empresario.

Pese a ello, es posible advertir cómo la creciente dilatación de fenómenos de «instrumentalidad societaria» en sistemas jurídicos diversos del societario —que ha permitido poner de relieve una mayor conflictualidad ambiental o relacional, que no se agota ya en los originarios escenarios del interés de los acreedores y de los socios, sino que se extiende hacia el global sistema de empresa en sus complejos segmentos normativos en los cuales se articula (fundamentalmente en el Derecho de la Competencia y en el Derecho del Trabajo)— ha supuesto, al mismo tiempo y de modo paralelo, una ampliación de la del recurso a la técnica del «levantamiento del velo», para supuestos y con consecuencias desconocidas e incluso insospechadas (115). De esta manera, particularmente en relación al Derecho del Trabajo, el problema se ha resuelto en la *práctica*, no tanto en la búsqueda de nuevas y específicas técnicas de control del mismo, más elásticas y flexibles, sino en la selección de indicios o figuras sintomáticas más articulados y conformes a la especificidad del sector laboral y de los conflictos que en él se producen. De manera que sea posible verificar a través de ellos los diversos «usos anormales» de la estructura de grupo en la gestión de las relaciones de trabajo ejercidas en el seno de este singularizado espacio o ámbito socio-económico.

(114) Subraya las dificultades para trazar una neta línea de separación entre formas lícitas y formas ilícitas en la adquisición y utilización del factor trabajo, en particular en las nuevas figuras de descentralización productiva en el sector informático P. ICHINO. «*Vecchi e nuovi problemi nella qualificazione della prestazione lavorativa come autonoma o subordinata*». En Aa. Vv. «*Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*», Giuffrè, Milano. 1988, p. 78.

(115) Para una visión de la doctrina del *piercing the veil doctrine* como instrumento para la prevención de injusticias en los usos instrumentales de las sociedades subsidiarias *vid.* GALLAGHER-ZIEGLER. «*Lifting the Corporate Veil in The Pursuit of Justice*». The Journal of Business Law, 1990, pp. 292 y ss.

De esta manera, la «doctrina laboral» de los grupos de empresas, tal y como viene configurada por la orientación mayoritaria de la jurisprudencia, no significa sino una particular «concreción» operativa de la doctrina del «levantamiento del velo» en un subsistema jurídico especializado. Ahora bien, no se trata de una simple trasposición de una técnica de un ámbito jurídico a otro, sino de un auténtico procedimiento de revisión y de modalización de su alcance —como es rasgo propio de la entera estructura y función del Derecho del Trabajo—, a través de un extenso proceso de enriquecimiento conceptual y operativo. Se trata con ello de resolver las dificultades que, los solos «*indicios mercantiles*», encuentran para adaptarse a las formas de abuso actuadas por los nuevos modelos organizativos de la actividad de empresa y a las diversas exigencias de tutela emergidas en un ámbito jurídico, como el de trabajo subordinado, cuya problematicidad no se agota en una óptica monetarista sino que se extiende a una gama variadísima de problemas ligados a la utilización y gestión de las relaciones de trabajo, y que además presenta significativas peculiaridades en orden a los rasgos definidores de la posición y la cualidad de sus propios sujetos.

Es precisamente para afrontar estos problemas que, la jurisprudencia, buscará una *línea reconstructiva de las nuevas formas de abuso* que, sobre una visión dinámica y funcional de la actividad de empresa, configure en el grupo mismo un «*ámbito*» de organización y actuación de un poder económico y social unitario (116).

Desde esta perspectiva, es posible confirmar cómo, la selección de particulares *índices laborales de un uso anómalo de la estructura societaria*, consiente diversas ventajas. En primer lugar, comporta una importante ampliación del área de aplicación práctica u operativa de esta técnica hermenéutica, identificando nuevos casos de «abuso de la personalidad jurídica», incluso cuando supuestos tales formas elusivas no son directamente expresivas de una alteración de los tradicionales modelos de organización societaria. En segundo lugar, implica una relativa superación o suavización de los crecientes y nada desdeñables obstáculos de naturaleza procesal —particularmente las dificultades de orden probatorio— a la hora de evidenciar la alteración de estas reglas inderogables de la sociedad (117). Finalmente, propicia importantes

(116) No es aceptable, pues, la imagen reductiva ofrecida por la STSJ de Navarra 29-6-1989, según la cual «la jurisprudencia... sobre el art. 1.2 ET, está fundada en la doctrina civil del levantamiento del velo...pero tal doctrina, surgida en el ámbito concreto de la empresa como unidad productiva, no puede extenderse sin desnaturalizarse, más allá de los límites de la unidad de organización para la producción» f. 2.

(117) Según una importante doctrina jurisprudencial, uno de los «puntos firmes» de la jurisprudencia laboral sobre los grupos de empresas «es la asignación de la carga de la prueba de su existencia y de sus particularidades a quien pretende hacer valer los efectos jurídicos-laborales atribuidos a los mismos». *Vid. STS Sala Social*

relecturas teóricas de los mismos conceptos civilistas tradicionales, como el de «confusión patrimonial», que, como es sabido, ha representado desde siempre uno de los «grupos de casos» o supuestos tipológicos más comunes en la aplicación de la técnica del «levantamiento del velo» (118).

En esta última línea, —y con una indicación metodológica significativa—, la experiencia del Derecho del Trabajo, serviría para poner de relieve un nuevo y diverso modo de «confundir patrimonios», concretado en una confusión de relaciones de trabajo a través de *formas anómalas del uso promiscuo e indistinto de la fuerza de trabajo*, que aparecerá de esta manera como como nueva manifestación «típica» de una situación de confusión de «esferas» (119). Cabe concluir, pues,

3-5-1990, ar. 3946. Con lo que aparece un nuevo condicionamiento del tradicional debate sobre la persona jurídica, que atribuye la prueba del abuso o el fraude a quien lo invoca. Sin embargo, consciente el Tribunal de las dificultades de esta prueba, dada la irregularidad, oscuridad y falta de transparencia que se suele dar y en modo creciente en estas complejísimas estructuras empresariales, afirma que esta carga «no ha de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades negociales o mercantiles del grupo» (vid. SSTs 5-1-1968 ar. 126, 12-11-1974, ar. 4050 y 11-12-1985 ar. 6094) al objeto de evitar que pueda «pesar sobre el productor contratado el oneroso deber de indagación de interioridades negociales subyacentes que en nada le atañen y que por supuesto, suelen ser muy difíciles de descubrir...» (SSTs 8-10-1987 ar. 6973 y 10-11-1987 ar. 7838).

(118) Para un amplio tratamiento del problema de la confusión de patrimonios vid. OLIVENCIA. «*La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio*». En Estudios homenaje a URÍA. Madrid. 1978. pp. 499 y ss.; sobre las incertidumbres del concepto de confusión patrimonial vid. recientemente CH. HANNOUN. *Le droit et les groupes de sociétés*. op. cit. pp. 246 y ss.

(119) Cfrs. F. GALGANO, «*Unita e plurilita di imprese...*» ob. cit. p. vid. p. 24. Para esta visión amplia del patrimonio cfrs. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial*. Tecnos. p. 41. Junto a la «prestación laboral al grupo de forma indiferenciada» o «intercomunicación del personal», como otros «elementos esenciales» o indicios decisivos para la comunicación de responsabilidad a efectos laborales, la jurisprudencia y la doctrina destacan otros tres: «*unidad de dirección, mando y organización*» o «*ámbito funcional unitario*»; «*confusión de patrimonios sociales*» a través de una unidad administrativa y económica con una sola caja, o al menos un «*importante grado de comunicación*» entre tales patrimonios; y finalmente una «*dirección externa unitaria*» o una apariencia de actuación externa unitaria como conjunto o agrupación empresarial. Cfrs. SSTs. 8-10-1987, ar. 6973, 10-11-1987 ar. 7838, 12-12-1988 ar. 9592, 30-1-1990 ar. 233, 3-5-1990 ar. 3946; SSTSJ Andalucía 14-2-1992, ar. soc. 864, entre otras muchas. En doctrina, para esta sistematización vid. L. M. CAMPS RUIZ, «*Tratamiento laboral de los grupos de sociedades*». Actualidad Laboral, n. 34 y 35, 1990, aunque como advierte este autor, rara vez aparece identificado sólo uno de ellos, exigiéndose normalmente la concurrencia de todos ellos, p. 412. Como puede verse, la jurisprudencia laboral reelabora y utiliza los supuestos en que procede la aplicación del levantamiento del velo: confusión patrimonial, dirección externa, abuso de la forma jurídica, al que la se añade la infracapitalización, considerada por los Tribunales laborales como un ejemplo de abuso de la persona jurídica. Cfrs. sobre tales criterios J. M. EMBÍD IRUJO, «*La regulación mercantil...*» ob. cit. p. 979, y V. FRANCHESCHELLI-M. LEHMANN, «*Superamento della personalità giuridica e società collegate: Sviluppo di Diritto continentale*». en *Responsabilità limitata è gruppi di società*. Cuaderni Giur. Comm., Giuffré, Milano, 1987, p.

cómo entre los «indicios mercantiles» y los «índices laborales» resulta posible identificar una estrecha relación de complementariedad y de recíproca influencia. No sólo el concepto de «confusión de esferas patrimoniales» sale enriquecido y redefinido, sino que, en relación al Derecho del Trabajo, es posible ampliar los supuestos de gestión o utilización organizativa «anómala» de las relaciones de trabajo, independientemente de la verificación o no de una práctica de intercambiabilidad de trabajo, es decir, aunque las prestación de servicios no haya sido nunca «desviada» en favor de sujetos diversos del «empleador formal». Y ello en la medida en que no cabe desconocer como, toda operación de descentralización productiva que oculte en realidad una posición de dominio económico y de gestión ilimitado, puede leerse en última instancia como *ausencia de una propia capacidad de gestión y organización empresarial*, y por tanto de gestión de las relaciones de trabajo. Criterio éste que, como señala la jurisprudencia dominante, es el punto de deslinde esencial entre actividades lícitas e ilícitas de utilización indirecta o mediata del factor trabajo (120).

2.2. Paradojas de la preferencia judicial por un «uso laboral» del «levantamiento del velo» respecto de los mecanismos específicos de control de la interposición: el fraude como norma de cierre del Derecho de Trabajo.

Esta última reflexión coloca en el primer plano de la investigación las posibilidades reales que, para un control efectivo y más amplio de los actos y comportamientos de la autonomía privada, ofrecen la actuación de figuras tradicionalmente configuradas por la doctrina privatista, como el fraude de ley, el principio de la apariencia, la teoría de la simulación o los «negocios indirectos». Particularmente significativo es, a estos fines, el recurso argumentativo a la técnica del «fraude de ley», en la lectura de la moderna teoría de la persona jurídica por parte de las concepciones del «levantamiento del velo», de modo que de nuevo se confirmaría cómo este instrumento «clásico» tiende a asumir, en el ámbito de las relaciones laborales el sentido de una auténtica *regla normativa de clausura o cierre del sistema* (121).

(120) Cfrs. STS 7-3-1988, ar. 1863 y 27-2-1989, con importantes referencias jurisprudenciales; SSTSJ Cataluña 7-4-1992, ar. soc. 2254, con importantes síntesis de doctrina, aludiendo como punto de discriminación de la licitud e ilicitud a la falta o no de una «realidad propia y una actividad específica y diferenciada».

(121) Cfrs. L. MARIUCCI. *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*. Giuffrè, Milano. 1979. p. 166. Para una imagen positiva del uso de categorías y técnicas civilistas para garantizar la efectividad de los derechos de los trabajadores en relación a los supuestos de grupo *vid.* O. MAZZOTTA, «*Divide et impera*»: *diritto del lavoro e gruppi di imprese*. Lavoro e Diritto. 1988. pp. 366 y ss.; G. DE SIMONE. «*La forma-gruppo...*» *op. cit.* pp. 70 y ss. Esta versión saldría hoy reforzada con el reforzamiento que la prohibición del fraude ha experimentado con la reciente reforma laboral. *Vid.* particularmente arts. 40.1 y 51.1 *in fine* del Estatuto de los Trabajadores, conforme redacción del R.D. Legislativo 1/1995 de 24 de marzo.

Pero así centrado el problema —el control de la «instrumentabilidad» societaria en el ámbito laboral— no podemos dejar de advertir la manifiesta emersión de un significativo interrogante, que se concreta en la verificación de una profunda desvinculación o desfase entre la registrada tendencia jurisprudencial a «tipificar» nuevos supuestos de abuso de la «forma de grupo», por un lado, y los escasos supuestos en los que los Tribunales recurren a los controles expresamente establecidos por las normas laborales, al objeto de reprimir los mecanismos de interposición en las relaciones de trabajo, por otro. Cuando la realidad es que las «coligaciones» o «vinculaciones» empresariales pueden constituir —y de hecho constituyen en ocasiones nada infrecuentes— una de las vías más fáciles de acceso al área de las interposiciones prohibidas, dadas las múltiples posibilidades que, la extrema flexibilización de la estructura de la empresa inducida por esta tendencia moderna a organizarla en *forma de grupo o en forma de red*, ofrece respecto a la desarticulación de las garantías normativas de los dependientes (122).

La preferencia por un *uso laboral* de la técnica del levantamiento del velo ante situaciones de «abuso» de las estructuras formales, no deja de manifestar, pues, una curiosa paradoja e incluso una cierta contradicción, en la medida en que se recurre a una figura genérica en vez de acudir a experimentadas técnicas de control específicamente previstas por el legislador laboral, cuyo objeto fundamental es precisamente mediar en las situaciones de tensión entre norma —garantías laborales— y práctica —distinto plan en la vida social y económica— (123). Aparente paradoja que aún parece ampliarse si se tienen en cuenta las diversas ventajas que a los efectos de articular una intervención de control ofrece el art. 43 ET, en cuanto línea de actuación normativa orientada a individualizar un mecanismo de control general y polivalente del problema moderno de la «disociación» entre utilizador efectivo de la prestación y empleador formal o parte contractual (124).

(122) Cfrs. L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato... op. cit.* pp. 176 y ss., P. ALLEVA, *Il campo di applicazione dello Statuto dei lavoratori*. Giuffrè. Milano. 1980 p. 95 y ss., G. MELIADO, «Il rapporto di lavoro nell'impresa di gruppo». Riv. Giur. Lav. 1980 p. 631 y ss., O. MAZZOTTA, «Divide et impera...» *op. cit.*; A. ASTOLFI, *Il controllo societario. La strumentalita della societa controllata nell'ordinamento giuridico*, edic. provv. Università Pavia. Verona. 1988 pp. 285 y ss.

(123) En este sentido F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La movilidad de los trabajadores en los grupos de sociedades europeos: el caso español». Documentación Laboral, n. 33. 1991, que ha afirmado que «la transferencia de trabajadores de una empresa a otra con personalidad jurídica diferenciada, aun dentro de un grupo, constituye un supuesto de cesión de mano de obra que despliega las consecuencias previstas en el artículo 43 ET», p. 47.

(124) Esta visión de instrumento de control de alcance general de las situaciones de interposición en el contrato de trabajo, tradicionalmente atribuido al art. 43 E.T., estaría destinada hoy a reforzarse por la mayor rigidez e intensidad de la prohibición adquirida en la nueva redacción, que sólo admitiría una excepción, frente a la tradicional interpretación flexible de la jurisprudencia, la de las Empresas de Trabajo Temporal (E.T.T.).

En efecto si la jurisprudencia laboral, para dar solución a las nuevas exigencias de flexibilidad de las empresas, había hecho una lectura permisiva del alcance del art. 43 E.T., denegando en vía interpretativa o corrigiendo la aplicación no sólo a supuestos

Lo que permite primar el momento organizativo o dimensión práctica sobre los datos formales, superando las eventuales dificultades derivadas de la «tipicidad» o «atipicidad» jurídica del supuesto de hecho real. Y que, además, consiente una autónoma y más amplia valoración de la posición de los sujetos de la relación jurídica laboral, tanto en su propio ámbito como en un contexto relacional más amplio propio de la dimensión organizativa de la actividad de la empresa y de la actividad de trabajo en la empresa (125).

El resultado final sería no sólo la puesta en acción de una conciencia social ya consolidada en orden al control de las técnicas de adquisición y utilización indirecta de la relación de trabajo, incluso a través de estas nuevas y más complejas y sofisticadas formas, sino también, y sobre todo, la posibilidad de recurrir a categorías interpretativas sobre estos fenómenos interpositorios, ya experimentadas y directamente previstas por las normas, que sirven para coligar la prestación de trabajo a su contexto económico social, emancipando, al mismo tiempo, la operación hermenéutica de toda difícil connotación subjetiva del comportamiento de las partes. De modo que, el art. 43 ET, aparece como un *específica concreción normativa de los principios generales contenidos en el art. 6.4 ET, pero significativamente cualificada desde el punto de vista hermenéutico, tanto en su dimensión sistemática como problemática*, por lo que no puede descartarse a priori una lectura del art. 43 ET como instrumento válido para alcanzar resultados significativos en la búsqueda de controles efectivos respecto de estas nuevas formas de abuso de las estructuras formales de las empresas (126).

de Empresas de Trabajo Temporal, sino a otra gama más amplia de nuevas formas de gestión indirecta de la mano de obra, parece ahora claro que si la ley sólo admite una excepción para las E.T.T., la prohibición deberá abarcar a prácticas antes toleradas o admitidas jurisprudencialmente. Vid. redacción art. 43 en el nuevo Estatuto, R.D.L. 1/95 *cit.*, y la Ley 14/94, 1.6. reguladora de las E.T.T. En nuestra opinión, sin embargo, creemos que los imperativos de flexibilidad gestional y organizativa determinarán una interpretación igualmente relajada o permisiva, tratando de asegurar o tutelar un efectivo equilibrio entre intereses de los trabajadores y empresariales, como está ocurriendo respecto de las prácticas de circulación de trabajadores en los grupos.

Vid. sobre el tema en general, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cesión de trabajadores y Empresas de Trabajo Temporal*. Madrid. 1992.

(125) Para la importancia de esta valoración en general vid. J. A. NAVARRO, *op. cit.* p. 183.

(126) Para un entendimiento de la finalidad típica de la interposición en la contratación laboral como configuración de una «apariencia para eludir normas imperativas», vid. A. MARTÍN VALVERDE, «*Interposición y mediación en el contrato de trabajo*», Rev. Política Social, n. 91, p. 39; lo que «es tanto como decir que el fraude es de esencia a la institución», vid. GALIANA MORENO, «*El fraude de ley en las relaciones de trabajo*». *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*. Homenaje al prof. ALONSO OLEA. MTSS. p. 462. En este sentido se ha señalado que es la «interposición fraudulenta o especulativa la que lesiona o perjudica los derechos de los trabajadores y la que afecta al buen funcionamiento del sistema de relaciones laborales, y es, por ello, la que pretende extirpar el legislador», *cfrs.* J. GARCÍA MURCIA, «*Cesión de trabajadores*». Comentario al art. 43. Comentario a las leyes laborales. Tomo VIII. EDESA. 1988, y SSTs 7-3-1988, ar. 1863, 1-9-1986, ar. 7251, STCT 15-11-1985, ar. 6643, entre otras. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el supuesto de cesión no requiere sólo estructuras carentes de auténtica autonomía empresarial, de tal manera que aunque la existencia de una estructura de grupo no suponga anular la autonomía jurídica y económica de las distintas sociedades, esto no excluye sin más que tal estructura

Ahora bien, esta advertida contradicción inicial resulta más aparente que real. Y ello al menos por dos razones: por un lado, el reclamo directo, por parte de la jurisprudencia, al «abuso de la persona jurídica» para derivar consecuencias laborales del recurso empresarial a la estructura de grupo, constituye, en última instancia, una cláusula de estilo o incluso un nuevo argumento «metafórico» para justificar la aplicación de las normas de la «interposición prohibida» al área de los «falsos grupos» o de las empresas unitarias «travestidas» de grupo (usos patológicos). Para ello se hace prevalecer las líneas de política jurídica y las finalidades, en definitiva, la *ratio* o el espíritu de la intervención estatutaria en materia de control y gobierno de la descentralización productiva contenida en estas normas, pues la exclusión de su aplicación no se acompaña igualmente de la exclusión de sus efectos o «sanciones» jurídico-laborales, que son aplicadas análogicamente. En este sentido, los tribunales laborales no liberan el trabajo del operador jurídico de la carga de la aplicación analógica de la disciplina de las figuras normativas con las cuales más directamente se conecta (127).

Por otro lado, esta aparente indiferencia a los mecanismos de interposición, es altamente reveladora de un generoso reconocimiento por parte de los Tribunales de la legitimidad de estas figuras, así como de una conciencia, en el fondo; de la inadecuación de estos mecanismos tradicionales para hacer frente a la complejidad y variedad de problemas que estos nuevos modelos organizativos de empresa plantean al Derecho del Trabajo, no todos reconducibles a hipótesis patológicas. Es decir, los Tribunales van tomando conciencia, más o menos implí-

no pueda dar lugar a una interposición de la relación de trabajo ex art. 43 ET. No debe olvidarse que aparece la figura de la cesión ilegal de trabajadores cuando el trabajador presta sus servicios integrado en el conjunto de trabajadores de la cesionaria, bajo sus instrucciones y sus instrumentos, siendo indiferente en estos supuestos la seriedad, solvencia e importancia de la empresa cedente. Cfr. STS 12-9-1988, ar. 6877. Más recientemente *vid.*, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Cesión de trabajadores... op. cit.*, y M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*. Tecnos. 1995.

(127) Ilustrativa es al respecto la STS de 26 de noviembre de 1990, ar. 8605, que en relación al problema conocido con carácter general como de la «circulación del trabajador dentro de las sociedades del mismo grupo»; ha entendido que las «analogías con la cesión de trabajadores» regulada en el ET «son patentes», centrándose la diferencia en que, «salvo supuestos especiales aquí no concurrentes, los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario *real*». Al contrario, la movilidad responde a «razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo en las empresas del grupo». Ahora bien, esta «práctica...» ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, *aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores*. Cfrs. en este sentido L. M. CAMPS RUIZ, *La problemática jurídico-laboral... op. cit.* p. 74. La técnica de la coaligación de sociedades puede utilizarse precisamente para defraudar la normativa laboral y, concretamente, para eludir la prohibición del artículo 43 del E.T., como es el caso de las «sociedades de explotación», o de «gestión de personal», en dependencia completa de una sociedad madre, y cuya única finalidad es la constitución de un centro artificial de imputación de normas laborales de carácter sectorial, o la elusión de determinadas reglas imperativas. En estos casos sería aplicable plenamente el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores». Cfrs. J. GARCÍA MURCIA, *op. cit.* pp. 315-316. *Vid.* STCT 4-6-1987.

citamente, de que el problema jurídico de la empresa colectiva con estructura de grupo, en modo alguno se agota en el problema del «abuso de la persona jurídica», confirmando las propias dificultades para el tratamiento jurídico de las formas «atípicas» o «anormales» a través de una forzada aplicación de los esquemas normativos «típicos», más aún si se tiene en cuenta la persistente imagen del grupo como realidad informal —hoy ciertamente relativizada por el sistema—.

De ahí que, ni una reelaboración o ampliación en clave laboral de los indicios que determinan la aplicación de la «clásica» técnica del «levantamiento del velo jurídico», ni una relectura en sentido teleológico y evolutivo de las experimentadas técnicas iuslaborales de control de los mecanismos interpositivos en la relación de trabajo, permiten la comprensión jurídicamente significativa de un creciente número de cuestiones planteadas al sistema de Derecho contemporáneo. Y ello en la medida en que tal complicación problemática trae causa de la emersión en la escena social y económica de «referentes» dotados de mayores niveles de complejidad. Por eso, la *línea de fondo inspiradora* de la labor de los jueces es cada vez menos una preocupación, más o menos explícita, por evitar la elusión de las normas protectoras del Derecho del trabajo, y cada vez más se hace proclive a plantear y resolver el relativo problema desde el plano de la adecuada calificación jurídica de la relación en el ámbito laboral, por tanto dependiente de un procedimiento valorativo. Lo que, en última instancia, reenvía al sistema normativo en el cual la noción viene en uso y a sus parámetros reconstructivos e interpretativos, en atención al esquema de intereses puesto en juego por las concretas relaciones jurídicas, particularmente de las relaciones de trabajo, desde el punto de vista funcional y de conformidad con las exigencias de regulación y de las finalidades u objetivos de política del Derecho, parámetros propios de este sector normativo (128).

La fórmula del *levantamiento del velo*, por tanto, constituye una fórmula que no puede ser sobrevalorada, ni, en buena medida, utilizada para alcanzar toda la densidad teórica y problemática de los múltiples y complejos problemas que la evolución del sistema de Derecho y de su contexto relacional o ambiental está experimentado, so pena de la emersión de manifiestas ficciones o de la reapertura de nuevas aporias o situaciones de *impasse*. Ni las conocidas técnicas de la interposición de personas, ni del «levantamiento del velo», modeladas fundamentalmente en relación a la categoría de los actos jurídicos, sólo con enormes dificultades y extremas simplificaciones pueden proyectar útiles servicios para la comprensión *sub specie*

(128) En definitiva, se tiende a seguir el procedimiento conocido para la calificación misma de la relación de trabajo como subordinado o autónomo, reconduciéndose la cuestión a un problema de subordinación. *Cfrs.* G. MELIADO, *Il rapporto di lavoro... ob. cit. passim*. En esta línea de interés resulta la STS 3-5-1990, ar. 3946, que entiende que las consecuencias laborales de las agrupaciones empresariales dependen de la propia «configuración del grupo» —situación creada de hecho y relieve del momento organizativo—, y de las «características funcionales» de la relación de trabajo —momento normativo—.

iuris de la actividad de empresa y del contexto organizativo en que se desarrollan las relaciones jurídicas, típicamente las relaciones de trabajo (129). En esta perspectiva, el problema de la comprensión jurídica de la empresa colectiva de grupo, incluso en sus manifestaciones «patológicas» —si se tienen en cuenta las afirmaciones hechas precedentemente en relación a la estrecha conexión entre normas y observación de hechos sociales como manifestación del principio de efectividad— sólo puede ser alcanzada mediante una adecuada valoración del concreto sistema normativo con el que interaccionan las estrategias de gobierno de la empresa, que representan el contexto organizativo de, en nuestro caso, de la actividad de trabajo subordinado, pero también de las distintas relaciones jurídicas, múltiples y heterogéneas, implicadas en la actuación de las nuevas formas de empresa.

Lo que impone la selección de claves de lectura capaces de combinar en grados adecuados la tipicidad jurídica y la tipicidad social de una determinada normativa, confirmando la aridez de todo camino que se concrete en una alternativa o en una contraposición entre «dato jurídico» y «dato económico o sociológico». En definitiva, se exige poner en escena otros parámetros de valoración y un diverso y más complejo nivel metodológico en relación a la conceptualización de la persona jurídica, que en lo referente a la teoría jurídica de la subordinación aparece como una categoría «neutra», pero también en la definición competencial de grupo, o en la definición tributaria de grupo etc.

3. POR UNA RECUPERACIÓN Y DESARROLLO EVOLUTIVO DE LA OLVIDADA DIMENSIÓN «FISIOLÓGICA» DEL «LIFTING»: DE LA CLÁUSULA DEL «ABUSO» AL «PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA» DE LAS FORMAS JURÍDICAS COMO OPCIÓN DE MÉTODO PARA LA DISCIPLINA DE LA EMPRESA DE GRUPO.

En esta línea superadora de las perspectivas reductivas y desviadas que implican toda orientación metodológica asentada sobre la «patología», no

(129) No por casualidad ha sido el análisis laboral el que ha señalado la emersión en el sistema jurídico de momentos de control sobre la «actividad de la empresa» que no se agotan en la referencia al concepto más limitado de acto o negocio, sino que se extiende a la actividad organizativa del empresario y que más que un remedio a la crisis de funcionalidad de una relación contractual expresan un entendimiento reequilibrador en las relaciones de empresa. *Cfrs.* M. D'ANTONA. *La reintegrazione nel posto di lavoro*. Cedam. Padova. 1979. pp. 57 y ss., 67 y ss. sin embargo, para algunos apuntes en relación a la posibilidad de recurrir al concepto de fraude de ley también para controlar los comportamientos y las actividades de los particulares, no limitados a los simples actos, revocando la idea de procedimiento *vid.* J. A. NAVARRO FERNÁNDEZ, que sigue las aportaciones de un cierto sector de la doctrina italiana. *El fraude de ley... op. cit.* pp. 183 y 184, particularmente de CONSTANTINO, para el cual «la naturaleza del negocio —cual emerge del complejo de circunstancias en que se desenvuelve, de las cualidades de las partes, del tipo de bien a que hace referencia— tiene un valor decisivo en la elección de la normativa a aplicar. De manera que, en la medida en que el negocio no se agota en el contrato, la regulación predispuesta para el concreto tipo contractual...debe integrarse con...la disciplina de la actividad, entendida ésta, no en los términos reductores de actividad organizada hacia la empresa, sino comprensiva de los aspectos relativos a la producción, circulación y distribución de la riqueza». En el libro *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, p. 371. *cit.* por el autor p. 184.

podemos dejar de recordar que la técnica del levantamiento del velo no fijaba al reconocimiento de la «forma» sólo el límite de la posibilidad de un «uso» abusivo de la persona jurídica. Junto a éste límite inmanente —y esto es algo que se suele olvidar en la mayoría de las construcciones recientes—, esta teoría individualiza otro, también inmanente o «natural», centrado en la necesidad de respetar, siempre y en todo caso, el mandato de una norma dirigida a proteger un principio o un interés prevalente a aquél garantizado con la atribución de una alteridad subjetiva a la sociedad (130).

Este límite pone de relieve la necesidad de tomar especialmente en cuenta la intrínseca relatividad e incluso la propia «neutralidad» de este concepto en vistas a la resolución de importantes problemas del Derecho de Sociedades, abriendo nuevas fronteras a la posibilidad de aplicar esta «doctrina» para plantear y resolver algunos de los problemas cruciales de las relaciones entre sociedades vinculadas o «coligadas» en el ámbito del Derecho de Sociedades. Buena parte de los problemas jurídicos suscitados por los grupos quedan, así, planteados como problemas específicos de aplicación e interpretación de normas y principios ya existentes en el Derecho positivo, sobre la base de la verificación de un conflicto entre diversos intereses cuya solución implica que las personas jurídicas dominantes y dependientes deban «ser tratadas como unidad» cuando, de lo contrario, no podría lograrse la finalidad de una norma del Derecho de sociedades que exija especial atención por la importancia que el legislador le haya atribuido» (131).

Las limitaciones de esta versión «fisiológica» del «levantamiento del velo» —que legitima un método hermenéutico asentado sobre la significatividad del real contenido normativo de las múltiples situaciones normativas reguladas— para convertirse en un válido principio de solución jurídica de las diversas temáticas de la empresa colectiva de grupo coligadas, particularmente para organizar la disciplina de las relaciones de trabajo, reside en el restringido campo de operatividad en que actúa. En efecto, desde el punto de vista normativo, la eficacia de la doctrina viene limitada al Derecho de Sociedades, que sigue manteniendo la tradicional impermeabilidad del sistema global de la empresa de sus diferentes componentes. De esta manera se perpetúa la hegemonía de la perspectiva de la empresa social sobre la influencia que es posible ejercer por los demás sectores normativos —derecho del trabajo,

(130) Plenamente congruente con su idea de que en la aplicación de la doctrina del «disregard» ha de tenerse en cuenta principalmente el «criterio teleológico», pasando a segundo plano los argumentos lógicos, R. SERICK, individualizó también supuestos en los cuales «la exacta aplicación de la norma exige que se levante el velo de la persona jurídica porque de lo contrario sería un obstáculo para que se viera que existe una efectiva unidad personal que se ofrece jurídicamente como una diversidad de personas» *ob. cit.* p. 228, cuando la norma que se debe aplicar «presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva», *ob. cit.* p. 256. *vid.* también pp. 137 y ss.

(131) *Cfrs.* R. SERICK, *ob. cit.* p. 148.

derecho de la competencia, derecho económico etc.— sobre aquel sistema, restringiendo los conflictos de intereses que son tomados en cuenta para el «desconocimiento» de la persona jurídica a aquellos sectores específicamente vinculados a la estructura social de la empresa, y volviendo al esquema tradicional de solución de problemas de la dialéctica «regla-excepción» (132).

Esta dimensión del «levantamiento del velo» reconocida para el campo societario, no condicionada a la verificación de una situación de abuso —y pese al lenguaje marcadamente metafórico que sigue empleando—, sin embargo, poner en juego imágenes, conceptos y principios de enorme significación, que en modo alguno es posible ya restringir al Derecho de Sociedades, sino que vislumbra fronteras y ofrece connotaciones con un radio de acción mucho más amplio, registrable en los diversos estatutos normativos influyentes en el entero sistema de empresa (133). Una manifestación práctica de esta diferente perspectiva del «levantamiento del velo» la ofrece —suministrando significativas indicaciones de método reconstructivo y operativo— el Derecho de la Competencia Comunitario, en los cuales la individualización de una realidad unitaria bajo la formal pluralidad ha venido de la cuidada atención a la garantía de los intereses prevalentes implicados, con expresa marginación de la forma atribuida por el Ordenamiento a la organización empresarial. En este contexto, la «teoría» del «levantamiento del velo» aparece como una inequívoco fundamento sobre el que se asienta el principio de transparencia de las lógicas o metodologías de gestión y organización empresarial, básico en el nuevo Derecho del mercado financiero y en general, en todos los sectores normativos que responden a los imperativos del Derecho social y económico contemporáneo —Derecho de consumo, Derecho ambiental, Derecho de seguros, Derecho del Mercado de Valores, Derecho tributario y financiero, etc. etc.—, y que aparece en la base de buena parte de las orientaciones jurisprudenciales, doctrinales e incluso legislativas en orden a valorar unitariamente la realidad del grupo y extraer las debidas consecuencias jurídicas en relación a determinados problemas.

La propia necesidad de individualizar el efectivo esquema de intereses implicados en estos nuevos modelos organizativos, en relación a los instrumentos de utilización y gestión de las relaciones de trabajo, deja aflorar una inesquivable exigencia de realizar aquel objetivo de

(132) En este sentido se afirma que si bien no es posible admitir el descarte de la forma de la persona jurídica por el hecho de alegar la «imposibilidad de realizar la finalidad de una norma o de un negocio jurídico», esta «regla general» debe «sufrir una excepción» cuando «se trate de la eficacia de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no debe encontrar obstáculos ni de manera indirecta». Cfr. R. SERICK, *ob. cit.* p. 246, y siempre que se trate de un conflicto que se desarrolle «dentro de la esfera del Derecho de Sociedades», *ob. cit.* p. 249.

(133) Esta extensión estaba ya en alguna medida intuida por R. SERICK, quien ponía de relieve cómo, en cualquier caso, un «estudio completo» de los problemas suscitados por las «relaciones jurídicas entre sociedad madre y filial, *trust* y *konzerns*», permitiría surgir muchas cuestiones de «diversa clase que autorizarían que se postergara la forma de la persona jurídica», *ob. cit.* p. 251.

transparencia en la gestión de la actividad de trabajo subordinado. Esta finalidad de transparencia contractual y organizativa —sometida a una particular tensión por las actuales prácticas empresariales mediante la tendencia a organizarse en complejas estructuras de grupo y reticulares— se concreta en la reconstrucción de una imagen fiel de los niveles de decisión y de los modos en que viene ejercido el poder de dirección y organización unitaria, en orden a verificar el grado de compatibilidad entre las diferentes valoraciones de interés, en función de las cuales se define el sistema de la empresa colectiva y los motivos y finalidades de los diferentes segmentos normativos que con él interactúan (134).

La dimensión fisiológica de la teoría del levantamiento del velo —ampliamente ignorada por la doctrina española e italiana reciente— emerge como una sólido fundamento para actuar un nuevo método para proceder a la calificación de los fenómenos de grupo, a través de una investigación centrada en un doble criterio: resolver los problemas planteados atendiendo al interés protegido por aquellas normas que, en unos casos presuponen un determinado resultado sustancial —normas materiales— independientemente de la pluralidad jurídica, y en otros, la autonomía de las sociedades integrantes del grupo aparece perfectamente compatible con el objetivo perseguido por tales normas. La dimensión estrictamente normativa no puede escapar: atención a los fines establecidos por las propias normas en función de las propias exigencias sociales y económicas necesitadas de regulación.

El mayor inconveniente para concretar este emergente principio de indudable significación jurídica sistemática, reside en las propias dificultades para identificar los preceptos jurídicos generales aptos para consentir la «superación» de los efectos de la regla de la autonomía jurídica en beneficio de un interés legítimo prevalente. Por eso, el problema se reconduciría a una verificación en cada norma «teniendo en cuenta los motivos de orden legislativo y las necesidades económicas» (135). Estas normas sin duda se vinculan a la categoría de las denominadas *normas materiales*, orientadas a la consecución de determinados resultados económicos y pragmáticos, independientemente de la forma jurídica preelegida para actuarlo. Se caracterizan, pues, por una vocación finalista concreta, de modo que no se limitarían sólo a establecer las «re-

(134) Para un intento reciente de construir un principio de solución al problema de los grupos a través de este objetivo de transparencia *vid.* CH. HANNOUN, *Le droit e les groupes de sociétés. L.G.D.J.* París. 1991. Ejemplo de esta aplicación fisiológica de la teoría del levantamiento del velo en nuestro actual Derecho de Sociedades son los arts. 74-79, que contemplan la figura de la «sociedad dominante» en relación con «los negocios sobre las propias acciones», nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, R. D. Legislativo 1564/1989, 22-10, y arts. 42-49 del Código de Comercio, reformados, que contemplan la «presentación de cuentas de los grupos de sociedades».

(135) *Cfrs.* R. SERICK. *Op. cit.* p. 148.

glas del juego» a las que han de atenerse los operadores jurídicos —normas prevalentemente procedimentales— sino que ellas mismas dotan de contenido sustancial a las relaciones jurídicas, incidiendo plenamente sobre la esfera de la autonomía privada y la iniciativa económica (136).

Como ejemplos mayormente representativos de la consolidación de este principio y este objetivo en nuestro ordenamiento, pueden citarse cuatro datos, tres extraídos de las fuentes legales y otro extraído de las «fuentes» jurisprudenciales al máximo nivel, es decir, un pronunciamiento del TCO. En primer lugar, es obligado aludir al art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, que determina un supuesto de «corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante» (137). Este precepto introduce, a nuestro juicio, un principio de solución jurídica esencial para el desarrollo de una moderna disciplina general de la empresa con estructura de grupo, y contribuirá señaladamente al abierto proceso de tipificación de este nuevo modelo organizativo de la actividad de empresa. Esta norma implica una concreta manifestación de un principio de orden público económico de origen constitucional, que confirma la necesaria correlación entre el ejercicio de un poder de dirección efectiva y la asunción del necesario corolario de la responsabilidad por todos aquellos comportamientos que en tal ejercicio encuentra su razón de ser —su *ratio* es explicable con el viejo brocardo del *cuius commoda eius et incommoda*—. A este propósito procede a una redefinición de las «condiciones de uso» de la autonomía jurídica de las «empresas» integrantes del complejo,

(136) Cfrs. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol. I. Giuffrè. Milano. 1957. pp. 50 y ss.; y vid. G. MINERVINI. *Intervención en la Mesa Redonda de la Rivista giuridica del lavoro, sobre «Gruppi di societa, imprese collegate e rapporti di lavoro»*. 1979. n. 9-10. p. 415; y B. INZITARI, «La "vulnerabile" persona giuridica», *op. cit.* p. 691.

(137) El art. 8 de la Ley 16/1989 dispone que «a los efectos de aplicación de esta Ley, se entiende que las *conductas* de una empresa prevista en la misma, son también *imputables a la empresa que controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta*». Artículo que, en nuestra opinión, debería interpretarse sistemáticamente con el art. 13 de la misma Ley en orden a poder conducir una acción de resarcimientos de daños y perjuicios «fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley» también frente a la controlante que ha ejercido tal influencia dominante, determinando su comportamiento económico, y dando lugar a una empresa única aunque subjetivamente compleja. Esta es la orientación del Derecho de la Competencia Comunitario y así se ha producido en importantes casos internacionales como el del AMOCO-CÁDIZ, sobre responsabilidad en caso de daño por contaminación, con fundamento en la verificación de una relación de *Instrumentalitati* entre la *holding* y la sociedad subsidiaria, y que abre amplias perspectivas a la ampliación de la responsabilidad en una variada gama de situaciones en las cuales el ilícito de la controlada haya sido producido como consecuencia de las instrucciones o de la determinación del comportamiento económico por la controlante. Cfrs. BONELLI. «*La responsabilità della societa controllante per gli illeciti delle proprie controllate*». En *Dir. Comm. Intern.* 1987, p. 347 y G. SCONAMIGLIO. «*La responsabilità...*» *op. cit.* partic. pp. 389 y ss.

proporcionando unas indicaciones de método significativas para la reflexión metodológica general.

En efecto, esta norma no presupone en modo alguno una subjetividad unitaria de la empresa compleja, ni queda planteado como una elección sustancialista en el contraste entre «norma jurídica» y «norma económica». La situación de grupo, pues, lejos de constituir un límite a la aplicabilidad de la disciplina sobre la competencia representa un efectivo punto de referencia para la adecuación de la normas a las situaciones creadas de hecho. En realidad, es un precepto expresivo de una línea dirigida a individualizar el efectivo alcance de la legislación que viene en uso, al objeto de consentir un *principio de agravación de la responsabilidad* de la controlante de conformidad con la propia forma organizativa de la empresa —dato organizativo— y los fines perseguidos por la disciplina de la Competencia —dato normativo teleológico—. La función de esta disposición legislativa, en última instancia, ilustración de un sentido pragmático del legislador, podría ser la de constituir una *sanción civil indirecta*, en cuanto dirigida a «proteger un interés general» y a garantizar «la efectividad del ordenamiento jurídico» (138).

También las normas sobre consolidación de los grupos de sociedades pueden leerse a la luz de este principio general de transparencia, en cuanto es posible individualizar su *ratio* en la configuración de una imagen del valor económico y financiero del complejo que responda fielmente a su dimensión organizativa global, con abstracción del propio principio de autonomía de las sociedades integrantes. Pese al alcance «formal» de esta normativa, que no diseña un derecho material o atienente al contenido del fenómeno de los grupos, y ni siquiera establece consencuencias en orden a una posible comunicación de pérdidas y ganancias entre las diversas sociedades que forman parte del perímetro de la consolidación, es posible encontrar una importante indicación metodológica general: la ya señalada tendencia normativa, jurisprudencial e incluso doctrinal a definir el grupo en función del interés y del objetivo o de la finalidad y el real contenido normativo de una disciplina e incluso de una concreta norma (139).

(138) Cfrs. F. GALGANO. «*Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premuesse generali*». *Contratto e Impresa*. 1987, pp. 532-534.

(139) Como se sabe la nueva normativa española acerca de la obligación de presentar las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de los grupos de sociedades aparece en los arts. 42 y ss., que define el perímetro de la consolidación de grupo en atención a una finalidad particular: representar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del conjunto. Se recibe así en España la Séptima Directiva sobre cuentas consolidadas, sobre la cual se puede ver J. EMBID IRUJO. «*Los grupos de sociedades eu la Comunidad Económica Europea (séptima y novena directivas)*». En E. GARCÍA DE ENTERRÍA et altri. *Tratado de Derecho Comunitario europeo...* Tomo III. 1986. pp. 73 y ss.

Una tercera norma en la que podemos rastrear la presencia de un principio de transparencia es el art. 1.2 Estatuto de los Trabajadores, que coloca en la posición jurídico-laboral del empresario también a las «comunidades de bienes», confirmando el proceso señalado de despersonalización o impersonalización del concepto de empleador (140). Aunque en el apartado siguiente realizaremos la crítica a una lectura formalista del precepto, que ve en la figura de la comunidad de bienes un empresario en todo caso, sólo porque el tenor literal así lo afirma, ahora creemos suficiente poner de relieve el significado de este precepto como ruptura de la capacidad de condicionamiento del concepto de persona jurídica, que proporciona una mayor «visibilidad» y transparencia de las efectivas estructuras y de las técnicas organizativas y de conducción empresarial. Para ello se amplía la condición de empresario a todos aquellos sujetos que participan de un interés común en relación a la utilización de la prestación de trabajo.

Finalmente, otro ejemplo de la vigencia del principio de transparencia aparece en la STCO 6/1991 15-1 (Grupo Rumasa) que, con objeto de permitir la defensa de intereses legítimos prevalentes, ya sean privados —depositantes, accionistas externos al Grupo—, privados pero de enorme proyección social —trabajadores—, ya sean públicos, incidentes en el «interés de la comunidad» —defensa de la propia estabilidad del sistema financiero—, consiente la posibilidad de expropiar, por razones de utilidad pública e interés social, entero complejo como «unidad económico-financiera», «más allá de su configuración formal». El grupo aparece así como objeto unitario de un acto normativo, convirtiéndose en el centro de imputación objetiva de la Ley particular. En esta sentencia constitucional —en relación a nuestro tema— se contiene una de las características de fondo más importantes de la actual teoría jurídica de la empresa, centrada en la proyección de una imagen de la organización global como una estructura de gobierno y no simple función de producción, que progresivamente emerge como «constelación de intereses» diversos, como estructura económica compleja en la que están interesados diversos sujetos y catalizadora de un círculo creciente de intereses implicados en la empresa como sistema de acción colectiva —intereses privados y públicos—. De modo que las estrategias de grupo consentirían la puesta en acción de programas de intervención por los poderes públicos en aras a conseguir la propia transparencia de la empresa, que es precisamente el objetivo marcado por los diversos proyectos comunitarios de reforma de la empresa con estructura compleja. En cualquier caso, vuelve a confirmar la centralidad de los trabajadores como grupo que ve progresivamente incrementar la institucionalización de su presencia en la empresa, a través de modelos y técnicas muy diversas y articuladas (141).

(140) Para la idea de una ruptura *ex lege* del principio de la personalidad como *conditio sine qua non* para adquirir la condición de empleador *vid.* J. L. MONERO PÉREZ. «Aspectos laborales de los grupos de empresas», *op. cit.*, p. 106.

(141) Para los diversos modos *vid.* T. TREU. «Gruppi di imprese e relazioni industriali...» *op. cit.* pp. 650 y ss.

En cualquier caso, las diversas concreciones de este principio y objetivo de transparencia, decisivo en relación a la gestión de las relaciones de trabajo, no son en modo alguno expresión de la primacía de la realidad económica sobre la realidad jurídica, por lo que la observación de un determinado hecho en la vida social no puede justificar por sí solo una solución de Derecho. Al contrario, la prevalencia de la regla jurídica o *norma material* sobre el principio de la autonomía de las sociedades integrantes del grupo, es siempre y en todo caso la resultante de un procedimiento valorativo que vincula una concreta situación de hecho a una determinada norma jurídica, con objeto de asegurar la realización del interés prevalente, que constituye la *ratio* inspiradora de la norma (142). De modo que también desde esta perspectiva vendría a confirmarse la intrínseca relatividad y funcionalidad de este concepto. Hasta el punto que podría concluirse, sin temor a errar, que los mayores obstáculos para fijar una definición homogénea o general de grupos no son tanto razones de orden técnico o dogmático para individualizar un criterio de «pertenencia» de la sociedad individual al global complejo económico organizativo, como las razones propias del rasgo general de pluralidad y diversificación del entero sistema de Derecho contemporáneo, tan característico de las actuales estrategias de gobierno del sistema socio-económico (143).

Desde esta perspectiva, es incuestionable la estrecha relación que existe entre el significado y alcance de las teorías del *lifting* o *disregard* («levantamiento del velo»), y el principio de transparencia. Así, desde una conceptualización jurídica estricta de este último, identificado con el más restringido sentido que adquiere en el ámbito tributario —«régimen de transparencia fiscal»—, es posible encontrar perfiles de similitud —que no de identidad— funcional, en cuanto que ambas vienen configuradas por el legislador, incluso en la época actual, como *técnica de control de una creciente gama de usos instrumentales de las*

(142) *Cfrs.* R. SERICK. *Ibidem*. No compartimos, pues, la identificación hecha del concepto jurídico genérico de transparencia con el principio de realidad económica. *Vid.* R. FALCÓN Y TELLA, *Análisis de la transparencia tributaria*, 1984, particularmente p. 38 y ss.

(143) *Cfrs.* DE LA CUESTA RUTE. «El grupo de empresas en el estatuto de la sociedad anónima europea» RDFHP. 1975, pp. 375 y ss., y recientemente afirmada en un plano de reflexión general por CH. HANNOUN. *Le Droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.* p. 192. En un plano general, para esta diversidad y para la incapacidad actual de la Ciencia jurídica y del Derecho estatal para una visión global del sistema socio-económico y por tanto para habilitar una intervención de control general *vid.* P. BARCELLONA, «*Ruolo del giudice...*», que pone de relieve cómo las «categorías del derecho igual, la abstracción y generalidad de la norma, los presupuestos de la actividad judicial y administrativa, resultan continuamente desmentidos por la pluralidad de los estatutos jurídicos, correspondientes a las diversas figuras sociales, por la diferencia de regímenes jurídicos y criterios de juicio», p. 73. No son por tanto cuestiones instrumentales las que impedirían una visión global y unitaria —por otro lado necesaria y urgente— del problema suscitado por los grupos al Derecho, sino profundos cambios sustanciales en la organización económica y social. *Cfrs.* sin embargo para esta idea de dificultades derivadas sólo de haberse detenido los juristas en aspectos instrumentales *vid.* R. URIA, «*La teoría de las concentraciones...*». Para una confirmación de estas situaciones contradictorias en el sistema de Derecho *vid.* L. FERRAJOLI, «*La teoría semántica del diritto...*», *op. cit.*

estructuras societarias, tanto en el ámbito nacional como transnacional, en particular comunitario (144). Aunque es sobre todo desde una concepción jurídica amplia o genérica —pero igualmente técnica, pese a lo que suele creerse— de la transparencia, como auténtico y genuino principio general del Derecho contemporáneo, de donde podemos encontrar la mayor aproximación entre ambas ideas, hasta el punto de llegar incluso a confundirse. Así, la conexión es clara si por transparencia en el Derecho se entiende el objetivo de «trascender, penetrar más allá de la cosa o el elemento que la realidad y su forma externa presentan. Para procurar entrar en la intimidad, en lo oculto tras el elemento externo y aparente, normalmente caracterizado por los índices de publicidad» (145). Una visión que tiene, además, la ventaja de conciliarse con el concepto económico de transparencia, como principio general de la Economía financiera y de la misma Economía política, que se conecta estrechamente con el objetivo de conciliar estrechamente los fines de certeza y de justicia, a través de su identificación con el principio de interdicción de la arbitrariedad (146).

Ahora bien, y aunque no podemos detenernos a realizar el análisis más detallado que la centralidad del tema merece, sí conviene ahora dejar claro que la utilidad del recurso a este concepto para el sistema jurídico no puede hacerse sobre la base de reintroducir una noción pretendidamente omnivalente, de tipo ontológico, válida para todos los sectores normativos y para todas las normas que reclamen este concepto expresamente o realicen sus objetivos. En realidad, la transparencia, como la persona jurídica, no implica la búsqueda de una esencia sino que es otra noción de contenido variable, por lo que, como sucede nuevamente con la persona jurídica, *más que una «cualidad» o atributo del sujeto jurídico colectivo, que vendría a oponerse o contrarrestar la tradicional «opacidad» o aislamiento —hermetismo— de las personas jurídicas, viene a designar un régimen jurídico vinculado a una determinada actividad, con objeto de servir a unos determinados objetivos de política económica y social* (147).

(144) *Cfrs.* para un amplio estudio de esta cuestión, aunque en sentido crítico, R. FALCÓN Y TELLA, *Análisis de la transparencia tributaria*, 1984, partic. pp. 105 y ss. Más recientemente sobre el control de la introducción de un régimen de fiscalidad internacional por la Ley 42/1994, de 30-12, *vid.* E. RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, «Transparencia fiscal internacional». *Impuestos*, núms. 15-16-1995, pp. 7 y ss., donde se repasan tanto los diferentes modelos teóricos considerados por la OCDE para realizar el objetivo de la transparencia, entre los que se sitúa tanto evitar el fraude y evasión fiscal como el garantizar la efectividad de las normas tributarias nacionales, defendiendo la efectividad del principio de capacidad contributiva, *vid.* p. 10.

(145) *Vid.* H. SALVADOR BULLÓN, *La transparencia de sociedades. Estudio jurídico y fiscal*. Ed. Cirde. Madrid. 1981. pp. 27-28.

(146) *Cfrs.* FRITZ NEUMARK, «Principios de Imposición». I.E.F. Madrid, 1974, pp. 406 y ss. *Vid.* las reflexiones aunque críticas de R. FALCÓN, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

(147) Para esta concepción esencialista de la transparencia, como atributo de la personalidad jurídica, en el Derecho tributario *vid.* R. ILLESCAS, «Consideraciones privatistas sobre el régimen de imputación fiscal». *Civitas*. R.E.D.F. núm. 21, p. 39. Precisamente, esta variedad de contenidos permite comprender la utilidad de un concepto para afrontar el problema del control de los grupos cuando, según la doctrina especializada, en un sentido estricto, el régimen de tributación consolidada del concepto, hasta

De ahí que, un coherente desarrollo de este principio en los diversos componentes sistemáticos de la empresa, conduce a una confirmación de las ideas expuestas en el primer apartado de esta investigación. El principio significa, en definitiva, primar el contexto normativo específico en el que el poder de gestión unitaria del empresario se desenvuelve, emergiendo al primer nivel de la operación hermenéutica los diversos conflictos de intereses regulados y la pluralidad de estatutos normativos de los sujetos que entran en relación con la lógica del sistema de empresa. Pero esta afirmación lleva aparejada necesariamente una verdadera inversión metodológica.

4. LA INSUFICIENCIA A PESAR DE TODO DEL «LIFTING» COMO CLAVE DE LECTURA DE LA ACTUAL COMPLEJIDAD SOCIAL Y NORMATIVA DE LAS NUEVAS FORMAS DE EMPRESA: MÁS ALLÁ DE LA PERSONA JURÍDICA.

En efecto, una óptima clave de lectura de las estrategias organizativas de la empresa moderna, capaz de proporcionar un idóneo fundamento conceptual y normativo para un tratamiento sistemático de las relaciones jurídicas entabladas en el ámbito de los grupos, y en particular de las relaciones de trabajo, no puede emerger si no de una *perspectiva que atienda a los modelos de evolucionismo organizativo* que se realizan con el paso de la empresa simple a la empresa social, y de ésta —y precisamente utilizando la sociedad como estrategia jurídica y principio de organización— a la empresa colectiva con estructura de grupo (148). Sólo desde esta óptica reconstructiva, será posible individualizar un *principio de solución jurídica* para las múltiples y complejas cuestiones suscitadas, no sólo por las situaciones en las cuales la estructura de grupo determina la existencia de una tipología propia del «abuso de la persona jurídica» o de los mecanismos interpositivos, sino también por aquellas otras situaciones en las cuales la complejidad subjetiva y el interés organizativo y de gestión unitario de las distintas sociedades integrantes de un mismo grupo, aparecen como «datos» efectivos y reales.

En esta línea, la propia experiencia práctica y la realidad normativa —cuya imagen plural y sectorial no excluye un significativo valor sistemático— deja hoy al descubierto que la comprensión del grupo

adquirir la dimensión de principio general del Derecho que le atribuimos —aunque bien considerado encuentra su fundamento jurídico efectivo, como el levantamiento del velo, en el más clásico principio de la buena fe—, da plena idea su frecuente recurso en prácticamente todas las reformas recientemente acometidas en el marco del Derecho societario contemporáneo y en nuevos sectores como el Derecho del Mercado Financiero, entendido en sentido amplio. Como simple muestra vid. la E.M. del Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, que pretende adaptarse al Derecho comunitario en este sector, especialmente a la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10.3, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables.

(148) Para la crítica de una visión externa de ese evolucionismo vid. G. VARDARO, quien, continuando la línea de fijación de los múltiples *topoi* o lugares comunes que vienen caracterizando los estudios jurídicos clásicos sobre los grupos de empresas, ha resaltado cómo la «común representación de la empresa de grupo como una forma de evolución de los modelos organizativos de las empresas tiende a aparecer un mero lugar común», *ob. cit.* p. 233.

constituye un problema jurídico nuevo y diverso, más complejo, vinculado a un fenómeno organizativo distinto, que *no requiere mirar «detrás» o debajo de la persona jurídica para «desvelar» lo que esconde, sino que impone más bien proyectarse más allá de este concepto, so pena de una simplificación conceptual, sistemática y problemática, y una nueva deformación o mixtificación jurídica, hoy ya insostenibles*. De ahí que, a tales efectos, las diversas perspectivas del «levantamiento del velo» —aún con el proceso de enriquecimiento conceptual señala, y sin perder de vista las importantes indicaciones metodológicas que de este problema jurídico es dado extraer en orden a la crítica de los cánones interpretativos propios del formalismo jurídico y del positivismo normativista— no constituye una metodología adecuada, y menos aún en el ámbito de las relaciones laborales, en el cual la persona jurídica no constituye su razón de ser. De modo que, también la «teoría del levantamiento del velo», termina reproponiendo un nuevo falso problema en relación al debate de la comprensión jurídicamente significativa de la empresa de grupo.

Seguir intentado la reconstrucción del problema de las relaciones de trabajo en la empresa colectiva de grupo en base a la dicotomía o a la contraposición «grupo/persona jurídica autónoma», consiente una fuerte limitación para la actividad de disciplina y control de este fenómeno por parte del Derecho del Trabajo en especial y por parte del derecho en general. Limitaciones que en absoluto se justifican en base a principios o líneas normativas propios y ya existentes en el interior de los diferentes sectores normativos en los que se articula el sistema global de la empresa de este subsistema jurídico. Al contrario, se presenta como el claro resultado de una arbitraria referencia a un «paradigma» o «metodología», la persona jurídica, fijado por el Derecho de Sociedades en base a sus propias valoraciones y regulación normativa de intereses, extraños al Derecho del Trabajo (149), y también extrañas a los referentes interpretativos de otras ramas fuertemente afectadas por el mismo modelo de organización jurídica de la empresa: Derecho de la competencia, Derecho tributario, etc.

Seguir centrando el análisis jurídico laboral en la disciplina y conceptualización de la persona jurídica, significa condicionar la regulación de trabajo por una reglamentación normativa de intereses que reenvía y asegura el primado de la sociedad, cuando el objeto de disciplina y tutela por parte del Derecho del Trabajo está constituido por un estatuto normativo tutelar de valores, principios e intereses conflictivos que toman como referente inmediato algo bien distinto, la *empresa*. En el bien entendido de que no se trata de reproponer un «uso»

(149) *Cfrs.* G. VARDARO, sobre la dimensión reductiva y deformante de los planteamientos tradicionales. En el derecho mercantil también se ha procedido recientemente a confirmar esta idea SCHIANO DI PEPE, para el cual, en buena medida influenciado por la observancia de las orientaciones jurisprudenciales en el Derecho del Trabajo, y por los métodos del Derecho de la Competencia, y pese a desconocer la ambivalencia de las técnicas —reducidas sólo a las formas tradicionales de imputación de responsabilidad a otro sujeto—, entiende que el problema no es de la «superación de la personalidad jurídica que bajo muchos perfiles puede en realidad considerarse un pseudoproblema en cuanto en la situaciones cruciales o la ley misma o la investigación doctrinal y jurisprudencial han conseguido la puesta a punto de instrumentos y técnicas idóneas para su racional planteamiento», *ob. cit.* p. 47.

ontológico de este concepto, que identifica la empresa con una realidad socio-económica objetiva y reconocible de modo inmediato en el mundo físico, sino en el mutado paradigma de la empresa —similar a la mutación de paradigma experimentada por la persona jurídica— que la presenta como una metodología «funcional», y que obliga a su reconstrucción teleológica (150).

Y es justo aquí donde aparecen los límites de fondo del tradicional planteamiento de los Tribunales, de tal manera que los puntos, tradicionalmente autoconsiderados firmes, son menos seguros y estables de cuanto nos pretende hacer creer. La falta de claridad o de uniformidad obedece no tanto a la pluralidad y extrema diversidad de casos enjuiciados como más bien a una persistente *oscuridad de método hermenéutico*, centrado en una extremado pragmatismo y casuismo que *renuncia a la formulación de una propia teoría o metodología jurídica de los grupos de empresas*. De ahí que, en el fondo, el tratamiento jurisprudencial de los grupos, particularmente a efectos laborales, que es el más extenso y desarrollado judicialmente, al menos en nuestro país, hubiera podido prescindir perfectamente de la referencia a esta «doctrina de los grupos de empresas», en cuanto ha obedecido a una readaptación de técnicas, principios y figuras ya conocidos. Exigencias de firmeza en la fundamentación dogmática y necesidades prácticas o de ámbito operativo exigen una reconceptualización o una redefinición del problema —ciertamente sobre datos ya existentes que permiten desplegar más amplias posibilidades sistemáticas—. Para eso se requiere, sí, proceder a un método empírico pero capaz de suministrar elementos decisivos para proceder a reflexiones de tipo general: en definitiva se trata de complementar el método problemático con el pensamiento sistemático, y el normativismo jurídico con el realismo. Perspectivas todas ellas que lejos de excluirse se presuponen y se condicionan mutuamente. Lo que no significa que, y esto debe subrayarse para no incurrir en un excesivo relativismo y un extremo oportunismo metodológico, el reseñado particularismo de las definiciones legislativas impida toda aproximación sistemática a los conceptos, con un valor que se proyecta en un radio de acción jurídica mucho más amplio, para afectar a las propias relaciones entre las diversas ramas jurídicas, particularmente el Derecho del Trabajo y el Derecho mercantil, tal y como acreditada una tendencia reciente del legislador nacional y comunitario en materia laboral (151).

(150) Cfrs. A. SUPLOT, «*Groupes de sociétés et paradigme...*» *op. cit.* p. 621, partic. p. 628, también J. SAVATIER, «*Le groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail*». Etudes A. BRUN. París, 1974, p. 529.

(151) Nos referimos a la Disposic. adic. cuarta de la Ley 22/1992, sobre medidas urgentes para el fomento del empleo, que recurre a las situaciones de control del art. 42 del Código de Comercio para definir la existencia de una unidad de decisión y comportamiento económicos entre diversas empresas, a efectos de subvenciones estatales para la creación de empleos fijos; y también a la actual propuesta de Directiva sobre Comités Europeos de Empresa o de grupos de empresas de dimensión comunitaria, de 25-12-1991, que define las situaciones de control en términos similares a la Séptima Directiva sobre cuentas consolidadas. Lo que ha merecido la crítica de la

Para llevar a cabo este intento de reconducción a bases conceptuales, es decir, dogmáticas, y normativas más firmes esta operación, no es posible ni tampoco es conveniente o preferible recurrir necesariamente a la reconstrucción de una nueva forma subjetiva de empresa (152).

En efecto, puesto que el *novum* de la empresa colectiva articulada (o empresa con estructura de grupo), desde el punto de vista aquí sostenido, y pese a un difundido convencimiento doctrinal y jurisprudencial en contrario, no reside tanto en la formación de un centro de beneficio económico unitario —y por tanto de un sujeto socio-económico único—, sino más bien la preconstitución de las condiciones para una máxima capacidad de reacción del complejo económico respecto del «ambiente» social o contexto relacional interno y externo, a través de la diversificación de las formas jurídicas —societarias y contractuales— adoptadas por la organización para ejercer la actividad económica, el esfuerzo de tal movimiento dogmático no deberá orientarse hacia la reconstrucción en términos jurídicos de una nueva forma subjetiva de empresa. Al contrario, se trata más bien de individualizar una serie de momentos de disciplina, tanto de tipo represivo o sancionador como de tipo preventivo, sea de tipo tutelar o de tipo organizativo, plenamente coherentes con la especificidad del tipo de problema normativo y con la singular naturaleza de los sectores de intereses diversamente afectados en cada caso por los nuevos procesos de transformación económica, dejando aflorar, como acredita ahora ya inequívocamente el sentido evolutivo del problema interpretativo de la persona jurídica como problema histórico, una pluralidad de normativas orientadas a realizar una diversa gama de equilibrios entre diferentes exigencias y necesidades de tutela —intereses de los consumidores, de los trabajadores, del medio ambiente, de los poderes públicos, exigencias organizativas de las empresas, imperativos de la competitividad y progreso económico, etc.—.

En consecuencia, y desde nuestra perspectiva metodológica, inspirada en una teoría jurídica de la efectividad del ordenamiento jurídico y un principio jurídico general de transparencia de las formas jurídicas,

doctrina que, asentados en un excesivo provincialismo jurídico, consideran que el único camino es el reconstruir nociones apropiadas exclusivamente para cada ámbito jurídico. Pero olvidan que si es verdad que es necesario atender en cada área normativa a los parámetros interpretativos propios —tal y como proponemos en el texto—, no menos verdad es que esta opción no es incompatible con la idea de que el fenómeno de la empresa de grupo ofrece perfiles comunes a todo el Derecho, que obligan a coger la unidad del problema. Y para ello la opción no puede ser más que el diálogo y la interdisciplinariedad crítica y no meramente técnica.

(152) Es decir, si hay que evitar o no el «ricadere nelle secche discusse e discutibili dell'attribuzione della soggettività unitaria al gruppo». *Cfrs.* para este juicio negativo O. MAZZOTTA, «*Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*». *Lavoro e Diritto*, 1988, p. 368, para esta misma crítica *vid.* G. DE SIMONE, «*Decentramento...*» *ob. cit.* p. 546, que entiende que es «posible —y preferible— utilizar las usuales técnicas civilistas y laboristas».

el problema de la disciplina de los grupos no se centra tanto en la reducción de la complejidad subjetiva de la empresa de grupo, que, en realidad, constituye una falsa explicación sustancialista, muy propia de los partidarios de los sugerentes pero inefectivos métodos basados en la primacía y exclusividad del realismo jurídico, y, por tanto, un falso punto de partida. Al contrario, el eje argumental debe hacerse girar en torno a una redefinición del concepto de responsabilidad (*accountability*) clásico, asentado en los principios individualistas y categorías lógico-abstractas propios del orden liberal —principio de soberanía individual de los derechos—, que permita el tránsito hacia un nuevo concepto que sea capaz de expresar un adecuado sistema de límites y limitaciones al que queda sujeto el reconocimiento jurídico, ya presente en los diferentes sistemas de Derecho positivo en los que los grupos siguen constituyendo, como en el caso español, una realidad informal, del poder de dirección unitaria de grupo, en contemplación ponderada de una diversificada y creciente gama de intereses pertenecientes a los sujetos en diferente modo y grado implicados en las nuevas articulaciones de la empresa, según el criterio general de relatividad de los derechos, facultades y poderes evidenciado por el contemporáneo orden social —principio de gobernabilidad socio-económica de los derechos—.

Así, sea conceptual sea normativa sea sistemáticamente, el problema de la disciplina de la empresa colectiva articulada (o de grupo) —y no sólo en el ámbito del Derecho del Trabajo, sino en todas y cada una de las ramas jurídicas que tienen su referente principal en la empresa, que hoy aparece como la auténtica clave de arco para reconstruir el entero edificio del Derecho privado— reenvía a un problema autónomo de la conceptualización de la persona jurídica, consistente en la introducción de un juicio de valoración de una determinada realidad empresarial única y plúrima al mismo tiempo, que aparece como una práctica o como un comportamiento jurídico en cuanto expresión de preceptos de autonomía privada —en su dimensión de libertad de empresa—, a la luz de las *normas materialmente aplicables* a tal comportamiento en base al específico tipo normativo de problema implicado y al singular conflicto de intereses en juego. A este respecto, la empresa de grupo, como fenómeno genuinamente jurídico, no se resuelve en un puro y simple conflicto de normas jurídicas —regla de la autonomía jurídica, interés vinculado a la unidad económica del grupo—, como concluye la orientación estrictamente normativista, ni tampoco exige debatirse en la diatriba «sujeto real»/«sujeto formal», para terminar personificando o subjetivando de una u otra manera el grupo, según propone la orientación centrada en un puro realismo, puesto que si el juez puede prescindir libremente de la forma entonces el problema carece —o mejor muta radicalmente— su sentido, constituyendo una solución demasiado simple y directa que, prescindiendo de su especificidad como nuevo modelo de empresa y de las funciones empresariales de la diversidad jurídica, suprime tanto la patología como la fisiología.

En definitiva, pues, y en conclusión, parece que sólo una opción metodológica que complemente adecuadamente una observación normativista con otra realista del universo jurídico, es posible encontrar un punto de clarificación y un principio de solución o de coherencia para recomponer el Derecho fragmentario y disperso de los grupos, permitiendo su desarrollo sistemático por los actuales agentes protagonistas de la creación del Derecho —legislador especial, jurisprudencia, práctica convencional de los sujetos interesados o nueva «jurisprudencia cautelar»—. Y si se ha señalado ya que, a estos efectos, no es ya sostenible que con la única conceptualización de la persona jurídica sea posible resolver problemas tan heterogéneos y complejos, no puede sino concluirse que el auténtico y genuino punto de clarificación se encuentra, según una ya lejana pero feliz intuición de una autorizada doctrina iusmercantilista, nacional y extranjera, en la elaboración de una noción de empresa coherente con las valoraciones normativas propias de los diversos sectores en los que su uso viene crecientemente reclamado. De este modo, se verifica la utilidad de una definición funcional de la empresa, que la presenta como una metodología o como un paradigma, que permite comprender en términos jurídicamente significativos el problema de los grupos como problema de articulación y reestructuración de estos diversos ordenamientos normativos que concluyen en el sistema de acción global de la empresa, según una orientación que tan positivas implicaciones reconstructivas y operativas ha evidenciado, como es el caso del Derecho de la Competencia comunitario, o el propio Derecho industrial italiano, o el mismo Derecho del Trabajo francés —cuyos pasos hoy sigue muy de cerca e incluso profundizan nuestros Tribunales laborales— (153). No otra cosa significa, en última instancia, como hemos visto, resolver el problema de la persona jurídica en un problema histórico.

Ahora bien, como ya hemos advertido en otro momento, desde esta perspectiva, que el poder de dirección unitaria de grupo adquiera un valor funcional e instrumental, no significa nominalizar el concepto de empresa ni vanificar su «substrato real» como organización, sino emancipar el análisis de criterios reconstructivos extremadamente conceptualistas y extraños o ajenos al efectivo contenido normativo de las múltiples situaciones normativas reguladas. En consecuencia, la reconstrucción de los problemas de las diferentes relaciones jurídicas en el ámbito de la empresa de grupo, se conduce a través de un doble control: el primero interno al evolucionismo organizativo que marca la transición hacia la empresa colectiva articulada, reconociendo la autonomía conceptual de los actuales procesos de transformación económica —y jurídica— de los conceptos de empresa y empresario, el

(153) A tal respecto *vid.* F. DENOZZA, *La discipline... op. cit. passim.*; A. SU PIOT, *Groupes des sociétés et paradigme de l'entreprise.* Rev. Trim. Dr. Comm 1985.

segundo extraído de la interacción de esta nueva forma de empresa con los tipos normativos de problemas propios de cada subsistema jurídico —el concepto de subordinación para el Derecho del Trabajo, el concepto de competencia para este sector del ordenamiento, el concepto de capacidad contributiva para el Derecho del Trabajo, el concepto de conflicto de intereses para el Derecho de sociedades, el concepto de responsabilidad etc...—. Por tanto, en este contexto, se confirma que el fenómeno de la empresa de grupo es único y no divisible o fraccionable en el Derecho mercantil y en el Derecho del Trabajo, puesto que en ambos nos encontramos ante un nuevo modelo de organización jurídica y una nueva técnica de ejercicio colectivo de la actividad de empresa, así como una nueva metodología orgánica de gestión indirecta de recursos económicos y productivos. Lo que cambia en cada subsector, en cambio, son los referentes interpretativos —los tipos normativos de problema y la naturaleza del conflicto de intereses en juego— a través de los cuales determinar la relevancia de esta nueva forma de empresa respecto de los conceptos tradicionales de empresa y empresario, o reconocer relevancia jurídica al contexto organizativo en que se desenvuelven las diferentes relaciones obligatorias, o determinar los límites y limitaciones al poder de flexibilización de las diferentes prestaciones implícito en el poder de dirección unitaria de grupo.

Por lo que, en última instancia, se confirma que tanto el Derecho mercantil, y el Derecho privado en general, como el Derecho del Trabajo, transitan juntos desde la «era del átomo» a aquél de la «molécula», o, en términos jurídicos, de los principios del orden liberal —asentado en la idea de la soberanía individual— a aquéllos propios del orden social —edificado en torno al principio de gobernabilidad de una gama creciente de intereses y categorías económicas y sociales—, que coloca en el equilibrio transaccional entre «la defensa de la libertad» (negativa y positiva, civil y social, política y económica) y en la «lucha por el mercado», la «dignidad de la persona» (154). Pero esto es ya, ciertamente, otra historia que requiere, sin duda, un nuevo esfuerzo de explicitación y fundamentación conceptual y normativa.

(154) *Cfrs.* la idea de un iusprivatista poco sospechoso de ideas socializadoras, al menos en el sentido tradicional, pero plenamente consciente de la necesidad de evolución jurídica del ordenamiento sobre la firmeza de presupuestos tradicionales. N. IRTI, «Persona e mercato», *op. cit.* p. 298.

