

El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas tendentes a reducir su aplicabilidad

CATALINA RUIZ-RICO RUIZ
Profesora Ayudante Derecho Mercantil
Universidad de Jaén

SUMARIO: I. *Preliminar.*–II. *Consideraciones generales sobre el levantamiento del velo.*–III. *La imputabilidad directa del acto abusivo.*–IV. *La responsabilidad solidaria como alternativa al levantamiento del velo.*–V. *Conclusiones.*

I. PRELIMINAR

A través de este estudio, se pretende reflexionar sobre la oportunidad del levantamiento del velo, desde una perspectiva legalista. El posible recurso a otros instrumentos jurídicos, así como la normativa extensible a las sociedades mercantiles, permiten un replanteamiento de esta medida judicial. Las inconveniencias latentes en la citada solución obligan a indagar en diversas alternativas jurídicas, cuyo análisis corresponde a los siguientes epígrafes.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL LEVANTAMIENTO DEL VELO

La penetración en el sustrato social viene utilizándose por los Tribunales, para quebrar el hermetismo propio de las entidades mercantiles. La estructura societaria ofrece una cobertura jurídica apropiada para la comisión de actuaciones abusivas¹. Bajo la pan-

¹ Así, *vid.*, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, (en colaboración con DE LA PRADA), «Sociedades comerciales. El empresario individual de responsabilidad limitada. El levantamiento

talla social, los titulares orgánicos pueden desarrollar conductas ilícitas con cierta impunidad². Para soslayar obligaciones y responsabilidades, suele recurrirse a la propia personalidad jurídico-social. Ante esta instrumentalización fraudulenta de las sociedades, se reacciona judicialmente mediante el levantamiento del velo³. El propósito de este mecanismo consiste en distinguir al verdadero autor del abuso, más allá del sujeto social⁴.

Ahora bien, dicha respuesta no es sino el resultado de una construcción jurisprudencial. Por lo que su desmesurada aplicación confirma una tendencia alejada de la estricta legalidad. Es cierto que, en concreto, el artículo 7.2 CC aporta un sustento legal para alzar el velo. Sin embargo, su imprecisión tanto en la calificación como en la consecuencia jurídica del abuso, derivan forzosamente en la intervención judicial. La redacción de este precepto conlleva inexcusablemente un riesgo de discrecionalidad en su aplicación. De ahí que la vaguedad de su contenido, especialmente respecto a las medidas aplicables, genere cierta inseguridad jurídica.

Asimismo, el levantamiento del velo excepciona con carácter general el ordenamiento jurídico, afectando al tráfico mercantil. En realidad, este recurso, al transgredir la personalidad jurídica de las sociedades, desbarata la intangibilidad de la normativa correspondiente. Correlativamente, se resiente la institución registral. En efecto, la funcionalidad del Registro Mercantil queda en entredicho, cada vez que se penetra en el interior de un ente social. Pero incluso, la apariencia generada en el marco de la actividad empresarial, puede llegar a distorsionarse⁵. El crédito adquirido por una sociedad a través de una continua actuación comercial, también se

del velo de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Necesidad de escritura pública de constitución de las sociedades comerciales y sus modificaciones», *RDN*, 1973, pp. 25 y ss., quien señala que los juristas no podían permanecer indefinidamente cruzados de brazos ante la reiterada perpetración de fraudes y abusos, cometidos bajo el manto protector de la personalidad jurídica.

² A propósito, *vid.*, DE ÁNGEL YAGÜEZ, «La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia», Madrid, 1991, p. 37. Ante la dificultad de deslindar dónde acaba la actuación de un titular orgánico y dónde comienza su actividad como particular, se desvela entonces la ficción legal por los Tribunales (STS de 21 de febrero de 1969, de 8 de enero de 1980 y de 2 de marzo de 1989).

³ *Vid.*, BOLDO RODA, «Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español», *RdS*, 1996, p. 33, al considerar que el afianzamiento de la concepción formalista, es el presupuesto fundamental de la crisis del concepto de la persona jurídica y de los abusos del mismo. La posibilidad de jugar al mismo tiempo con la propia personalidad y la de la sociedad, abre un horizonte ilimitado a toda clase de abusos.

⁴ En este sentido, *vid.*, SERICK, «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica», trad. Puig Brutau, Barcelona, 1959, pp. 77 y ss.

⁵ *Vid.*, GORDILLO, «La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)», Sevilla, 1978, p. 303, al reconocer que la publicidad registral y la protección de la apariencia, responden a una misma finalidad esencial: el dar certeza a las situaciones jurídicas mediante su constancia pública.

menoscaba si se declara judicialmente la manipulación de su identidad por los miembros sociales.

Por tanto, el levantamiento del velo, pese a su matiz puntual, limitado al caso abusivo concreto, adolece de una transcendencia que sobrepasa el supuesto en cuestión. La adopción de esta medida deja al descubierto la tenue frontera que separa a la entidad de sus integrantes. El riesgo de abuso en torno a la persona jurídica, salvo alteraciones posteriores en el organigrama social, pervive tras cerrarse el velo. De modo que se genera una inevitable desconfianza en las relaciones externas de la sociedad afectada.

No obstante esta concepción del alzamiento del velo, como respuesta a los abusos ocasionales cometidos en el marco social, contrasta con su transformación en un auténtico comodín jurisprudencial. Cabe, en suma, resaltar la veleidad con que se recurre a dicha técnica a nivel judicial⁶. Ante este panorama, anclado en la judicialización del abuso societario, parece necesario indagar en soluciones más próximas a la legalidad, cuyo estudio iniciamos.

III. LA IMPUTABILIDAD DIRECTA DEL ACTO ABUSIVO

El abuso del derecho puede considerarse como una cláusula general del sistema legislativo. Indefectiblemente, su naturaleza de concepto jurídico indeterminado, obliga a una continua recomposición judicial⁷. Conforme a lo referido en el apartado anterior, el levantamiento del velo como sanción a las conductas sociales abusivas, se fundamenta especialmente en el artículo 7.2 CC. Esta figura se incardina en las denominadas «medidas judiciales» impeditivas del abuso, previstas en dicha norma⁸. Pero las deficiencias en torno a esta construcción jurisprudencial, reclaman una búsqueda de otras alternativas jurídicas. En efecto, como hemos señalado con anterioridad, siquiera sea de forma esporádica, se da marcha atrás en el reconocimiento legal de la personalidad jurídica. Así pues, la gravedad inherente al alzamiento del velo, reclama la búsqueda de cauces más acordes con el resto del ordenamiento jurídico.

⁶ *Vid.*, BOLDO RODA, «Levantamiento del velo...», cit., p. 42, quien alude a que la penetración en el interior de la persona jurídica, tendrá siempre carácter excepcional.

⁷ *Vid.*, GALGANO, «El negocio jurídico», Valencia, 1992, pp. 456 y 460, quien se interroga sobre si debemos exhortar al juez a que haga uso intenso de los cánones hermenéuticos de la «analogía iuris» y «legis», así como que obtenga el máximo provecho de las cláusulas generales del sistema legislativo. De la experiencia europea, se desprende la idea de que existe una relación complementaria entre el legislador y el juez. Otras materias requieren la intervención creativa del juez y en algunas ocasiones es la propia Ley la que la requiere explícitamente, mediante la formulación de cláusulas generales.

⁸ *Vid.*, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento», Madrid, 1997, p. 20.

Desde luego, la fuerte implantación de esta construcción jurisprudencial, obstaculiza la incorporación de otros mecanismos de respuesta. Su incuestionabilidad como solución frente al abuso, ha impedido incluso, replantear su compatibilidad con el actual sistema jurídico. A nuestro entender, el artículo 7.2 CC debe cohonetarse en este tema, con el artículo 1.6 CC. Consideramos que la función jurisprudencial (complementadora del ordenamiento) ha de estimular un desarrollo jurídico de la normativa vigente. En este sentido, el levantamiento del velo no puede frenar la proyección jurídica de las disposiciones societarias.

Al respecto, dicha medida surge ante la imposibilidad de imputar directamente el comportamiento abusivo a su verdadero autor. La responsabilidad de los miembros sociales por abusos de la sociedad, sólo parece alcanzable mediante la penetración en el sustrato social⁹. Sin embargo, este criterio puede ser objeto de revisión desde una óptica legal¹⁰. Para llevar a cabo esta tarea, conviene partir de la teoría orgánica, como principal rémora a la imputabilidad directa de la conducta social abusiva a los componentes sociales. Esta corriente, plasmada en la legislación societaria, identifica la voluntad social con la voluntad orgánica, sin detenerse en el sustrato físico subyacente. Se produce entonces, una abstracción de los titulares orgánicos en el proceso de formación de las decisiones sociales. Al prescindir de los individuos que conforman la voluntad social en el acto abusivo, se frena la determinación de su verdadera autoría¹¹.

Ahora bien, la representación orgánica presenta ciertas fisuras en el contexto normativo de las sociedades. Así se deduce de la regulación sobre delitos societarios en el actual Código Penal. En este texto, se prevé una responsabilidad individualizada de los titulares orgánicos por actuaciones realizadas en el ejercicio de su acti-

⁹ Destaca EMBID IRUJO, «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a M. Broseta Pont*, tomo I, Valencia, 1995, pp. 1035 y ss., para quien la consecuencia de atribuir personalidad jurídica, es la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales. El problema es dilucidar si dicha irresponsabilidad debe determinarse de manera intangible, reconociendo la inseguridad jurídica inherente al levantamiento del velo.

¹⁰ *Vid.*, SERICK, «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles», cit., p. 25, quien afirma que «por ello, los acreedores de la persona jurídica sólo pueden dirigirse contra el patrimonio de la misma, mientras que los acreedores de los socios, por su parte, sólo pueden dirigirse contra éstos. La radical separación entre la persona jurídica y sus miembros componentes constituye, por todo ello, un rasgo distintivo y cabe ciertamente preguntar si en definitiva es admisible que se quebrante este principio. La jurisprudencia no ha vacilado en dar una respuesta afirmativa»; y más recientemente, DE ANGEL YAGÜEZ, «La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia», cit., pp. 18 y ss.

¹¹ A propósito, *vid.*, DIEZ-PICAZO, «La representación en el Derecho Privado», Madrid, 1979, p. 199; GORDILLO, «La representación aparente...», cit., p. 101.

vidad social. Los abusos, atribuibles en principio a la sociedad por haberse cometido desde posiciones orgánicas, se imputan penalmente a sus representantes sociales¹². El Título XIII comprende tipos delictivos que realizan los administradores como integrantes de la estructura societaria, y de los que responden personalmente. A través del ordenamiento penal, puede iniciarse la conversión del levantamiento del velo en un reducto judicial¹³.

No obstante, esta orientación legal, basada en la máxima «*societas delinquere non potest*», resulta inaplicable de modo directo en el marco jurídico-privado¹⁴. La teoría orgánica presenta por tanto, un desarrollo divergente en los ámbitos penal y mercantil¹⁵. En este último, sólo la técnica judicial del levantamiento del velo, evidencia la alteridad entre la sociedad y sus miembros u órganos¹⁶. Dicho

¹² Así, para GALGANO, «El negocio jurídico», cit., p. 498, el concepto de representación orgánica ha perdido el carácter que convertía en ajeno un hecho del órgano respecto de su autor y ha conservado el carácter que permite la imputación al ente, además de los actos jurídicos, de los hechos ilícitos y de los realizados por el órgano en el ejercicio de sus funciones; FARALDO CABANAS, «Los delitos societarios», Valencia, 1996, p. 436, al considerar imputables penalmente como sujetos activos de estas conductas delictivas a los socios y administradores.

¹³ Vid., MINERVINI, «Il conflitto d'interessi tra rappresentante e rappresentato nelle recente codificazione», *Arch. Giur.*, 1946, p. 136; BIANCA, «Diritto civile», 1984, Milán, p. 79, para quien la actividad del órgano, es actividad de una parte del ente y viene imputada al mismo y del ilícito responde el ente, sólo si es concluido en el ejercicio de sus funciones; GALGANO, «El negocio jurídico», cit., pág 404, al referir que en el órgano se produce la alienidad del carácter ilícito respecto de su autor, y por esto se hacía a éste irresponsable personalmente frente al perjudicado.

¹⁴ Vid., OLIVENCIA RUIZ, «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», en *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 504 y 505; BOLDO RODA, «El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles», Madrid, 1993, p. 25, afirma que los miembros de una sociedad no pueden alegar la limitación de la responsabilidad basada en el principio de división de los patrimonios, cuando ellos mismos no lo respetan.

¹⁵ Entre otros, vid., VON THUR, «Obligaciones», Madrid, 1934, p. 248, quien considera que únicamente a los órganos de la sociedad anónima, se les impone una responsabilidad para con los accionistas y acreedores sociales, admitiendo previamente que el representante sólo responde del mal uso que haga de sus poderes para con la persona a quien representa; ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1996, p. 1692, al referir que no se oculta que la peculiaridad del ilícito orgánico en el marco de la teoría de las persona jurídicas, no ha merecido la atención debida; GALGANO, «El negocio jurídico», cit., p. 369, para quien eso implicaba la alienidad del ilícito respecto de su autor; DIEZ-PICAZO, «La representación...», cit., p. 74, al establecer que no parece exacto decir de manera absoluta que el órgano o el representante legal vincula siempre a la persona jurídica; DÍAZ ECHEGARAY, «La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima», Madrid, 1995, p. 173; GRIPPO, «Fondamenti di Diritto delle società», Padova, 1996, pp. 134 y 135.

¹⁶ Según BOLDO RODA, «El levantamiento del velo y la personalidad jurídica...», cit., p. 9, el levantamiento del velo permite romper con la radical separación entre la persona jurídica y sus miembros componentes. La STS de 9 de julio de 1987, establece que la limitación de responsabilidad debe ser negada al recurrente que utilizó en su propio provecho el organismo societario de que era titular único, la invocación de la limitación de responsabilidad, que sólo en apariencia funcionó con independencia de su persona.

mecanismo consigue escindir la persona jurídica de sus integrantes, en caso de abuso de derecho¹⁷. Únicamente alzando el velo social, se rompe la identidad de la entidad con sus respectivos órganos¹⁸. No obstante, en el Derecho de sociedades, esta postura jurisprudencial presenta también algún resquicio.

Así se deduce del artículo 134 LSA, al establecer la responsabilidad personal de los administradores por abuso. Se introduce, pues, la imputabilidad del correspondiente ilícito social a estos titulares orgánicos. El citado precepto legitima a la sociedad para reclamar la responsabilidad de sus propios gestores¹⁹. La accionabilidad del ente social frente a sus administradores, confirma la alteridad subjetiva entre ambos. Desde un punto de vista jurídico, no parece comprensible que la sociedad se exija responsabilidad a sí misma²⁰. En todo caso, si se admitiera hasta sus últimas consecuencias la teoría orgánica, esta sería la conclusión adecuada. Sin embargo, en el Derecho de obligaciones, se distingue entre el débito y la responsabilidad como elementos diversificados. La responsabilidad presupone la existencia de una dualidad de sujetos: el afectado y el potencial responsable²¹. Por tanto, la traslación de esta construc-

¹⁷ En este sentido, *vid.*, GALGANO, «Il Codice civile. Commentario. Le società per azioni. Principi generali. Art. 2325-2341», Milán, 1996, pp. 343 y ss., quien alude al principio de separación de la personalidad jurídica de la sociedad, de la de sus miembros. La persona jurídica debe ser considerada un sujeto distinto de las personas físicas de sus miembros. El abuso de la personalidad se manifiesta con la sistemática confusión entre el patrimonio de la sociedad y el personal del socio, el cual, trata el bien social como bien propio. Según la Cass. 19 de noviembre de 1981, el abuso produce la responsabilidad civil del administrador.

¹⁸ *Vid.*, BOLDO RODA, «El levantamiento del velo y la personalidad...», cit., p. 15, al confirmar que la actuación de los socios fuera de los límites para los que no se hallan facultados por el ordenamiento jurídico, debe ser imputada a los mismos.

¹⁹ Así, *vid.*, GARRETA SUCH, «La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades», Madrid, 1991, p. 96, para quien el daño será soportado por la sociedad, por lo que en consecuencia será la interesada en exigir su reparación. «Pero el legislador no ha querido llevar hasta sus últimas consecuencias el concepto de persona jurídica.»; DÍAZ ECHEGARAY, «La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima», cit., pp. 318 y 319, al referir que la legitimación que la Ley otorga al ente social para el ejercicio de la acción de responsabilidad, es una legitimación que se le concede por propio derecho y que no podía no concedérsele a no querer violentar los principios fundamentales inspiradores del ordenamiento jurídico. Si el daño se produce a la sociedad parece obvio que ésta ha de estar legitimada para ejercitar la acción de responsabilidad frente al administrador que se lo ha originado; FARALDO CABANA, «Los delitos societarios», Valencia, 1996, p. 435, quien respecto del abuso de posición mayoritaria, señala que la sociedad puede ser considerada como un perjudicado. MESSINEO, «Manual de Derecho civil y comercial», tomo V, relaciones obligatorias singulares, Buenos Aires, 1979, p. 476; GALGANO, «El negocio...», cit., p. 404.

²⁰ Para GALGANO, «El negocio jurídico», cit., pp. 405 y 486, si los administradores responden directamente frente al perjudicado, ello significa que el acto ilícito no puede configurarse como ajeno respecto de su autor, y por tanto no es considerado por la Ley como órgano. Si los administradores fueran órganos, el ilícito cometido les sería ajeno. Ellos no serían los autores del acto y no podrían ser llamados a responder de él.

²¹ *Vid.*, DE LOS MOZOS, «Derecho civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)», Madrid, 1998, p. 319; NEILA NEILA, «La responsabilidad de los administradores en las

ción a la estructura societaria, obliga a un desdoblamiento personal entre los integrantes orgánicos y la propia entidad²².

A pesar de la tendencia latente en el artículo 134 LSA, se precisa recurrir al levantamiento del velo para imputar el abuso a las personas físicas conformadoras de la decisión social correspondiente²³. Esta posición jurisprudencial ignora que las conductas abusivas atraviesan previamente el filtro orgánico. Pero en nuestra opinión, el abuso social implica un abuso de poder orgánico. En base a este último, concebido como un acto contrario a los fines de la representación, cabe imponer una responsabilidad directa a los gestores sociales. La amplitud del artículo 133 LSA, extensible a los actos negligentes, favorece la inclusión de este ilícito en sus términos²⁴. Más explícito resultaba el anterior artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, al configurar el abuso de poder como causa de responsabilidad. La conexión entre el abuso social y el abuso de poder, considerando este último como una subespecie de aquél en la esfera societaria, permite constreñir el campo de aplicación del levantamiento del velo²⁵. Parece, en teoría, innecesario, acudir a esta solución judicial para lograr uno de los efectos que podrían obtenerse por instrumentos legales: la responsabilidad personal de los gestores sociales.

En definitiva, y a pesar de las dificultades para reemplazar el levantamiento del velo, pensamos que la labor doctrinal debe dirigirse a mostrar su inconformismo con esta técnica. Su necesidad puede cuestionarse desde la legalidad vigente. Si su fundamento se halla en la teoría orgánica, no cabe ignorar las excepciones que esta tendencia presenta en la normativa extensible a las sociedades mercantiles. Tanto el Código Penal como el artículo 134 LSA, permiten entrever la personalidad individual de los titulares orgánicos. Sus actuaciones abusivas no pueden tener en uno y otro ámbito, tratamientos divergentes. No hay razones jurídicas para un diferen-

sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa)», Madrid, 1995, pp. 155 y ss., para quien el artículo 134 de la LSA va a permitir a la propia sociedad resarcirse de los daños y perjuicios que le hayan producido las actuaciones ilícitas y negligentes de sus administradores; AAVV, «Estudios sobre la Sociedad Anónima», Madrid, 1991, p. 321.

²² *Vid.*, GARRETA SUCH, «La responsabilidad...», cit., p. 97.

²³ En la Jurisprudencia italiana, la Cass., de 17 de diciembre de 1986, alude a que para la responsabilidad del ente se precisa, que sea directa a la consecución del fin institucional en el ámbito de la atribución del oficio o del servicio al cual depende. Por su parte, la STS de 3 de junio de 1991, considera que en la sociedad unipersonal, el socio tiende a comportarse con los bienes de la sociedad como si fueran suyos y los terceros que contratan con él sobre ellos, tampoco suelen preocuparse porque su voluntad es la voluntad social. Se produce el envolvimiento de la voluntad individual bajo la personalidad jurídica.

²⁴ Es suficiente cualquier género de culpa en la actual LSA. Al respecto, *vid.*, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, «El objeto social en la Sociedad Anónima», Madrid, 1990, p. 194.

²⁵ Según DIEZ-PICAZO, «La representación...», cit., p. 199, en la relación interna generará un deber de resarcimiento o de indemnización de daños y perjuicios.

te desarrollo legal del ilícito civil y penal, cuando consiste en un acto abusivo social²⁶. Parece conveniente prescindir de la convicción de que alzar el velo social, es el único remedio para atajar el abuso²⁷. Sólo debería acudirse a este instrumento judicial in extremis, ante la ausencia de recursos legales²⁸. Resulta preferible agotar la legalidad, antes que entrar en el campo estrictamente jurisprudencial. Es cierto que actualmente no existe un soporte legal, que permita imputar los abusos sociales a los titulares orgánicos en la esfera privada. Pero la directriz que se desprende de los preceptos referidos en este epígrafe, debe obligar al legislador a elaborar una respuesta eficaz al abuso societario. En base a los mencionados exponentes legales, y siguiendo la casuística jurisprudencial en materia de levantamiento del velo (la doctrina se muestra avanzada en lo concerniente a la delimitación de grupos de casos), es factible elaborar una solución normativa a este problema²⁹. De este modo, se pretende impedir que la Jurisprudencia cercene la evolutiva proyección del ordenamiento jurídico en torno al abuso.

IV. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA COMO ALTERNATIVA AL LEVANTAMIENTO DEL VELO

El propósito de este apartado consiste en apostar por la solidaridad como instrumento alternativo al levantamiento del velo. El principal obstáculo a esta propuesta, radica en la ausencia de una normativa que sancione el abuso a través de este mecanismo. Sin embargo, como comprobaremos, la introducción de la responsabilidad solidaria en nuestro ordenamiento, constituye una tendencia cada vez más consolidada³⁰.

²⁶ *Vid.*, GALGANO, «El negocio jurídico», cit., pp. 346 y ss., al señalar que Savigny negaba a la persona jurídica en cuanto sujeto artificial, la capacidad de cometer actos ilícitos. Los seguidores de la teoría orgánica han concebido a la persona jurídica como unidad viviente asimilable al hombre, con capacidad plena que se extiende a todas las relaciones jurídicas. La persona jurídica, siendo un sujeto artificial, excluye la aplicabilidad de la norma penal.

²⁷ Según DIEZ-PICAZO, «Sistema de Derecho civil», vol. I, Madrid, 1984, p. 449, basta para aplicar el artículo 7.2 del CC, el daño a situaciones no especialmente tuteladas. La ST de 14 de febrero de 1944, señalaba que el daño ha de ser a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.

²⁸ Para BOLDO RODA, «El levantamiento del velo...», cit., p. 16, la posición de algunos autores como De Castro, Pantaleón, confirma que la personalidad jurídica es una creación del lenguaje de los juristas, de modo que la interposición de la misma como ente separado de las personas físicas que la componen, procede sólo cuando aparezca justificada.

²⁹ En nuestra opinión, la sociedad unipersonal ejemplifica esta idea. El legislador, al regular este tipo social en la LSRL de 23 de marzo de 1995, ha obviado el, hasta entonces, frecuente recurso al levantamiento del velo.

³⁰ En esta línea, *vid.*, BOLDO RODA, «El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles», cit., pp. 19 y ss., quien analiza el levantamiento del velo como técnica para la extensión de responsabilidad por deudas sociales; EMBID IRUJO,

Con carácter general, la aplicación de la solidaridad tropieza con los términos literales del artículo 1137 CC, que exige su constancia expresa en la obligación. Asimismo, tampoco en el Derecho privado se ha incardinado una presunción explícita de solidaridad. No obstante, a pesar de este vacío normativo, la Jurisprudencia comienza a mostrarse proclive a esta solución, con el objetivo de reforzar la tutela de los terceros³¹.

En principio, conviene exponer las razones lógico-jurídicas conducentes a la solidaridad. Al respecto, la complicidad entre la sociedad y sus miembros (o entre varias entidades) en la comisión del ilícito abusivo, debe provocar una comunicación de responsabilidades³². Este argumento parece latir en las decisiones judiciales que responsabilizan solidariamente a la entidad y a sus titulares orgánicos (o a varias sociedades implicadas)³³. Ahora bien, el vehículo para alcanzar este resultado en la esfera societaria, es el levantamiento del velo³⁴.

«Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español», *RCDI*, 1990, p. 37, al afirmar que los supuestos fraudulentos producidos en el seno del grupo de sociedades tienen su adecuada sanción por vía de lo dispuesto en los artículos 6.4 y 7.2 CC, con la consiguiente responsabilidad solidaria.

³¹ En el ámbito laboral, la STCT de 17 de abril de 1967, opta por el criterio de la solidaridad «...por representar una protección más virtuosa para el trabajador ...tanto las leyes como la doctrina, mantienen el criterio de la solidaridad por encima de la mancomunidad...».

³² En esta línea, el artículo 2615 del Código civil italiano, introduce la solidaridad estableciendo que «las obligaciones asumidas en nombre del consorcio pueden hacer valer sus derechos sobre el fondo consorcial sin perjuicio de que respondan ilimitada y solidariamente las personas que hayan obrado en nombre del consorcio». Entre otros, *vid.*, URÍA, «Teoría de la concentración de empresas», *RDM*, 1949, II, pp. 479 y ss., quien señala que la interferencia patrimonial de las empresas concentradas, obliga a una responsabilidad compartida de las mismas dependiente del índice de organización logrado. Por encima de la vestidura formal de estas sociedades, es evidente la unidad jurídico-patrimonial de las mismas; en el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones de Derecho mercantil», Madrid, 1989, p. 324, afirma que los acreedores de las filiales pueden dirigirse contra la sociedad madre cuando no hayan podido cobrar sus créditos de las filiales. Es responsable solidaria la sociedad matriz; MOLINA NAVARRETE, «Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades», Bolonia, 1995, p. 107, reconoce que se impone la doctrina de que quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo, no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes; FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, «Problemas actuales de Derecho de sociedades», *RDM*, 1972, p. 53, mantiene que la doctrina de la Substantive Consolidation de la sociedad madre y la subsidiaria, lleva a desconocer la independencia jurídica de las sociedades que pasan a considerarse una sola. Los patrimonios se unen y los acreedores de cada compañía se convierten en acreedores de un fondo común.

³³ Al respecto, *vid.*, MARTÍNEZ GIRÓN, «El empresario aparente», Madrid, 1992, p. 39 y ss., para quien los tribunales, especialmente la jurisprudencia laboral, suelen concluir en condenar solidariamente a la empresa aparente y las agrupadas, pues la pluralidad de empresarios implica siempre responsabilidad solidaria. Se comprueban ciertos atisbos de esta posición en los abusos verificados en el seno del grupo de sociedades.

En este sentido, destaca la STC de 27 de mayo de 1983 (BOE de 17 de junio, BJC núm. 26, 1983, pp. 688-703).

³⁴ *Vid.*, MOXICA ROMÁN, «Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia», Pamplona, 1996, p. 204, para quien a propósito de la STS de 3 de enero de 1987, el confusionismo creado entre la entidad librada y el aceptante, sin expresión de ante-firma, y la semejanza entre el nombre de la sociedad y su administrador único, obligan a una condena solidaria tanto a dicho administrador único como a la sociedad que representa.

Por lo que la responsabilidad solidaria adolece de las deficiencias implícitas en la citada técnica judicial. Esta realidad puede obligar, entonces, a prescindir de la solidaridad como medida alternativa. Pero se trata de profundizar seguidamente, en los aislados exponentes legales de la solidaridad en el marco social, con el objeto de facilitar su implantación.

Entre las disposiciones precursoras de la responsabilidad solidaria en el campo societario, destaca el artículo 80 de la Ley de 27 de diciembre de 1995, relativo al Impuesto sobre Sociedades. Dicha norma establece que «las sociedades del grupo responderán solidariamente del pago de la deuda tributaria...»³⁵. De este modo, se consagra legalmente la solidaridad en uno de los ámbitos donde, con frecuencia, suele acudir judicialmente a alzar el velo³⁶. El control único sobre las entidades del grupo, favorece la instrumentalización de las personalidades jurídicas correspondientes, con fines abusivos³⁷. La unidad de dirección, en la medida fijada por el artículo 42 Cco, constituye, pues, el germen de la responsabilidad solidaria³⁸. Aunque la solidaridad aparece circunscrita a los débitos de carácter fiscal³⁹. La correlación poder-responsabilidad se dirige a reforzar la protección de un determinado acreedor social: la Administración tributaria⁴⁰. A raíz de este atisbo de solidaridad en

³⁵ También el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia establece la corresponsabilidad solidaria de las empresas controladoras, que ejercen una influencia dominante. El artículo 13 de la citada Ley, admite la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la ley frente a la controlante que también ha ejercido influencia dominante.

³⁶ Dicho precepto se refiere exclusivamente a una sociedad, socia de otra, que obligatoriamente deberá formular cuentas anuales. En el panorama societario español, entendemos que con frecuencia, confluyen empresas individuales y sociales, sin que una sociedad sea miembro social de otra. Por tanto, esta referencia legal constriñe en la práctica la atribución de la calificación de grupos de sociedades a numerosas empresas, impidiendo la traslación de la normativa sobre grupos a supuestos en los que subyace idéntica razón.

³⁷ El artículo 42 del Cco, se refiere a la posesión de la mayoría de los derechos de voto, a quienes tengan la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, o puedan disponer de la mayoría de los derechos de voto en virtud de acuerdos con otros socios, o nombren con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

³⁸ *Vid.* ORTIZ VAAMONDE, «Grupos de sociedades: problemática general y regulación en el derecho comparado», AC, 1996, p. 33, al cuestionarse una responsabilidad única en base a una dirección unitaria.

³⁹ El artículo 246 de la Ley brasileña sobre grupos de sociedades obliga a la sociedad controladora a reparar el daño que pueda causar la controlada por infracción de deberes. Evidentemente el principal problema con que se enfrenta la escasa legislación sobre grupos es, a nuestro entender, la prevalencia en la realidad, de los denominados grupos fácticos, en los que no concurren los requisitos legales para calificarlos como auténticos grupos de sociedades.

⁴⁰ Al respecto, *vid.*, ROJO, «Los Grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, 1995, p. 464, quien sostiene que la tutela de los acreedores se ha tratado de conseguir mediante el levantamiento del velo. Consideramos, sin embargo, necesaria, una regulación específica que evite la inseguridad que proporciona esta medida judicial. En este sentido, la Ordenanza francesa de 1935 se ha limitado a recoger la corriente jurisprudencial

la esfera social, cabe plantear su extensión al resto de titulares crediticios. En efecto, la normativa fiscal evita el levantamiento del velo para imponer la responsabilidad solidaria en esta forma de concentración empresarial. A diferencia de la Hacienda Pública, los restantes acreedores sociales sólo podrían obtener idéntica respuesta, recurriendo a la citada técnica judicial. La imprevisión de la solidaridad en el ordenamiento privado, contribuye a generar un tratamiento desigual de los acreedores sociales. Esta descoordinación provoca, en suma, un agravio comparativo entre los titulares de créditos frente al grupo de sociedades. Resulta incomprensible jurídicamente el contraste entre la legalidad de la responsabilidad solidaria a nivel tributario y su dependencia judicial en el marco privado. Esta desconexión plantea la posibilidad de que las entidades del grupo respondan solidariamente de las deudas fiscales, mientras se deniega por los Tribunales respecto de los restantes acreedores. El riesgo de que ello ocurra, debe estimular al legislador mercantil a introducir una regulación correlativa, que acentúe la tutela de los créditos surgidos en su ámbito.

Esta directriz, sin duda, ha calado en otro de los campos más relevantes del levantamiento del velo: la sociedad unipersonal. Al igual que el grupo de sociedades, los entes unipersonales constituyen un terreno propicio para los abusos⁴¹. La normativa de la sociedad unipersonal prevista en los artículos 125 y siguientes de la Ley de 23 de marzo de 1995, ha contribuido a relegar la aplicación del levantamiento del velo⁴². En este sentido, el artículo 129 LSRL, dispone la responsabilidad personal y solidaria del socio único por las

según la cual, las deudas contraídas por una sociedad ficticia, constituyen en realidad deudas de la persona que está detrás de ella. El artículo 26 de la Propuesta Couste mantenía que la sociedad dominante responde solidariamente con la dependiente, de las deudas ciertas o líquidas, contraídas con terceros y vencidas antes del cierre del ejercicio.

⁴¹ Entre otros, *vid.*, BOLDO RODA, «Levantamiento del velo y ...», cit., p. 369; BALDO DEL CASTAÑO, «El empresario individual con responsabilidad limitada en la doctrina española», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995, tomo I, p. 292, quien recoge la opinión de la inescindibilidad del patrimonio de la persona física y la contradicción de que una misma persona titule dos patrimonios al mismo tiempo; DE CASTAÑO Y BRAVO, «La persona jurídica», cit., p. 38, reconoce que la sociedad de un sólo socio no puede ser juzgada como patrimonio independiente y el socio único debe responder como soberano de la empresa con su patrimonio personal; SANTAOLALLA LÓPEZ, «La sociedad unipersonal», *RJN*, 1995, p. 182, quien examinando la RDGRN de 11 de abril de 1945, remite a los Tribunales de Justicia en caso de que prevaleciéndose de la laguna legislativa, el socio único cometiera abusos de derecho; BOQUERA MATARREDONA, «La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada», Madrid, 1996, p. 148, quien mantiene que un uso abusivo del tipo social, que daña los intereses de los acreedores sociales o de terceros, obliga al levantamiento del velo. En el mismo sentido ALONSO UREBA, «La sociedad unipersonal», en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, p. 267.

⁴² En este sentido, *vid.*, BOLDO RODA, «Levantamiento del velo...» cit., p. 368, al señalar que tras la reforma de LSRL se ha introducido un levantamiento del velo, consagrado legalmente.

deudas sociales. Esta forma de responder se limita al supuesto en que no se haga constar en el Registro Mercantil la unipersonalidad.

No obstante, la solidaridad aparece subordinada al incumplimiento de un requisito formal consistente en la inscripción registral. No se alude a la previsión de esta medida para los abusos realizados desde el ente unipersonal. Con lo cual, se ha perdido la oportunidad de descartar plenamente el recurso al levantamiento del velo en las sociedades de un solo miembro. Además, el artículo 129 LSRL, al concretarse a la unipersonalidad sobrevenida, deja sin respuesta la simulación subjetiva en el momento fundacional. Para dar cumplimiento a la legislación anterior, las sociedades aparecían constituídas ficticiamente por una pluralidad de socios⁴³. El recurso a la interposición personal incide sobre el devenir de estas sociedades, en las que subyace una propensión a actuaciones abusivas por el socio de control⁴⁴. Uno de los presupuestos para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, ha venido siendo la posición oculta de dominio ejercida por un miembro social en el ámbito societario. La confusión de patrimonios entre la sociedad y alguno de sus integrantes, conduce a penetrar en el sustrato social. Mediante esta decisión judicial, se ha posibilitado el reconocimiento de la responsabilidad solidaria⁴⁵. A través de esta técnica, ha sido factible la vinculación solidaria de la empresa con sus titulares orgánicos⁴⁶. Pero la actual regulación de las sociedades unipersonales, circunscrita a la unipersonalidad sobrevenida, y a la no inscribibilidad de esta circunstancia, impide la traslación de la responsabilidad solidaria a estos supuestos. Resulta paradójico que esta medida, capaz de quebrar el principio de responsabilidad limitada consustancial a las sociedades capitalistas, derive de la inobservancia de un requisito meramente formal. Hubiera sido deseable que la ruptura de uno de los principios configuradores de las entidades de

⁴³ *Vid.*, DE ÁNGEL YAGÜEZ, «La doctrina del ...», cit., p. 81, quien reconoce que el levantamiento del velo en la Sociedad Anónima de un sólo socio, es frecuente en base a la coincidencia de intereses entre la sociedad y el sustrato personal de la misma, que produce efectos distorsionadores en la realidad jurídica.

⁴⁴ Al respecto, *vid.*, AA.VV., «El nuevo derecho de las sociedades de capital», Zaragoza, 1989, p. 70; GINER GARCÍA, «Responsabilidad del socio único por incumplimiento del artículo 126.1 y Disposición Transitoria octava de la Ley 2/1995; ¿una regulación estéril?», *AJA*, 1996, p. 3; también BOLDO RODA, «Levantamiento del...» cit., p. 370; ÁVILA NAVARRO, «La sociedad limitada», Barcelona, 1996, p. 374.

⁴⁵ En este supuesto, se produce la confusión patrimonial y de gestión entre dos patrimonios empresariales, destinados a la misma actividad empresarial y respecto de los que el TS afirma su identidad sustancial. *Vid.*, BOQUERA MATARREDONA, J., «La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada», cit., p. 148, quien manifiesta que si existiera un uso abusivo o fraudulento del tipo social que dañe los intereses de los acreedores o de terceros en general, sería de aplicación la doctrina del levantamiento del velo, que resolvería las consecuencias del abuso.

⁴⁶ *Vid.*, entre otras las STS de 3 de junio de 1991 y de 5 de junio de 1990.

capital, obedeciese al intento de evitar aquellas conductas más deplorables realizadas a través de las sociedades unipersonales, como son las de carácter abusivo.

V. CONCLUSIONES

Las conductas sociales abusivas se fundamentan en la autonomía patrimonial y en la esfera de responsabilidad específica de las personas jurídicas⁴⁷. La instrumentalización de las sociedades mercantiles, facilita la vulneración del ordenamiento jurídico⁴⁸. Los Tribunales tratan de recomponer la legalidad a través del levantamiento del velo⁴⁹. Dicha solución encuentra cobertura en el artículo 7.2 CC, aunque su carácter judicial condiciona la seguridad del tráfico mercantil⁵⁰. Esta inconveniencia obliga a indagar en mecanismos alternativos capaces de reducir el margen de intervención judicial⁵¹. Es imprescindible agotar los instrumentos estrictamente legales, conforme a la función asignada a la Jurisprudencia en el artículo 1.6 CC. Los perfiles de la institución societaria, e incluso la funcionalidad del Registro Mercantil se resienten cuando se levanta el velo social. La gravedad de esta medida aconseja cierta caución jurídica, especialmente por ignorarse sus repercusiones. Entre las cuestiones de interés que plantea, cabe citar la posible relegación de ciertos acreedores sociales frente a quienes sin haberse vinculado contractualmente con la sociedad, consiguen alzar el velo, así como la transcendencia en situación concursal, de una sentencia pronunciada en tal sentido⁵².

⁴⁷ Por esta razón, se opta por levantar el velo en algunas STS como la de 29 de febrero de 1988, de 2 de diciembre de 1988 y la de 14 de marzo de 1989.

⁴⁸ Al respecto, *vid.*, DE ÁNGEL YAGÜEZ, «La doctrina del levantamiento...», cit., p. 137.

⁴⁹ *Vid.*, DE CASTRO Y BRAVO, «La persona jurídica», Madrid, 1981, pp. 73 y 268, quien concibe la persona jurídica perfecta con propia y separada existencia y con propio y separado patrimonio una y otro, desligados de modo tajante y total de la vida de sus miembros y órganos. De este modo, se establece una completa incomunicación entre los patrimonios de cada uno de éstos y el patrimonio de la persona jurídica.

⁵⁰ A propósito, *vid.*, EMBID IRUJO, «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la Ley de Sociedades Anónimas», cit., p. 1037, quien manifiesta que «...pueden entenderse fácilmente las opiniones críticas que destacan la inseguridad jurídica producida por el levantamiento del velo».

⁵¹ *Vid.*, BOLDO RODA, «Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español», cit., p. 244, quien admite que en interés de la seguridad jurídica y para evitar la desvalorización de la persona jurídica, deben fijarse una serie de principios para descartar la personalidad jurídica. Entre ellos y directamente relacionado con la resolución judicial que analizamos, confirma el levantamiento del velo por la utilización de la persona jurídica para ocultar que, de hecho, existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado.

⁵² Sobre esta cuestión, *vid.*, GORDILLO, «La representación...», cit., p. 100; MESSINEO, «Manual de Derecho civil y comercial», cit., pp. 460 y 461.

En suma, las incertidumbres que derivan del levantamiento del velo obligan a un replanteamiento de su aplicabilidad. Al respecto, las pretensiones doctrinales han de encauzarse a restringir el ámbito de esta medida judicial, para consolidar la legalidad como respuesta eficaz contra el fraude⁵³.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: «Estudios sobre la Sociedad Anónima» (dir. GARRIDO DE PALMA), Madrid, 1991.
- «El nuevo Derecho de las sociedades de capital» (dir. QUINTANA CARLO), Zaragoza, 1989.
- ALONSO UREBA: «La sociedad unipersonal», en AA.VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1997.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA: «Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento», Madrid, 1997.
- ÁVILA NAVARRO: «La Sociedad Limitada», Barcelona, 1996.
- BALDO DEL CASTAÑO: «El empresario individual de responsabilidad limitada», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a M. Broseta Pont*, tomo I, Valencia, 1995.
- BOLDO RODA: «El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles», Madrid, 1993.
- «Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español», RdS, 1996.
- BOQUERA MATARREDONA: «La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada», Madrid, 1995.
- BIANCA: «El negocio jurídico», *Diritto civile*, tomo III, Milán, 1995.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ: «La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente Jurisprudencia», Madrid, 1991.
- DE CASTRO Y BRAVO: «La persona jurídica», Madrid, 1984.
- DE LA CÁMARA/DE PRADA GONZÁLEZ: «Sociedades comerciales. El empresario individual de responsabilidad limitada. El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Necesidad de escritura pública de constitución de las sociedades comerciales y sus modificaciones», RDN, 1973.
- DE LOS MOZOS: «Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas», Madrid, 1987.
- DÍAZ ECHEGARAY: «La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima. Comentarios, Jurisprudencia y formularios», Madrid, 1995.

⁵³ *Vid.*, SERICK, «Apariencia y realidad...» cit., pp. 259-261, quien señala que esta penetración tendrá siempre carácter excepcional. En esta misma línea, DE LA CÁMARA, «Sociedades comerciales...», cit., p. 27, señala que «...deben ser los jueces quienes, en beneficio de la justicia, y siempre con carácter excepcional, podrían, al entender del supuesto concreto, prescindir de la personificación del ente social».

- DÍEZ-PICAZO, L.: «La representación en el Derecho Privado», Madrid, 1991.
- «Sistema de Derecho civil», vol. I, Madrid, 1984.
- EMBID IRUJO: «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a M. Broseta Pont*, Valencia, 1995.
- «Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español», RCDI, 1990.
- ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores: acción individual, acción por no promoción o remoción de la disolución», RdS, 1995.
- FARALDO CABANA: «Los delitos societarios», Valencia, 1996.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «Problemas actuales del Derecho de sociedades», RDM, 1972.
- GALGANO: «El negocio jurídico», Valencia, 1992.
- «Il Codice civile». Commentario. Le società per azione. Principi generali. arts. 2325-2341», Milán, 1996.
- GARRETA SUCH: «La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades», Madrid, 1991.
- GINER GARCÍA: «Responsabilidad del socio único por incumplimiento del artículo 126.1 y Disposición Transitoria octava de la Ley 2/95 ¿una regulación estéril?», AJA, 1996.
- GORDILLO: «La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)», Sevilla, 1978.
- GRIPPO: «Fondamenti di diritto delle società», Padova, 1996.
- MARTÍNEZ GIRÓN: «El empresario aparente», Madrid, 1992.
- MESSINEO: «Manual de Derecho civil y Comercial», tomo V, Buenos Aires, 1979.
- MINERVINI: «Il conflitto d'interessi tra rappresentante e rappresentato nella recente codificazione», Arch. Giur., 1946.
- MOLINA NAVARRETE: «Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades», Bolonia, 1995.
- MOXICA ROMÁN: «Ley Cambiaria y del Cheque, análisis de doctrina y Jurisprudencia», Pamplona, 1996.
- NEILA NEILA: «La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa)», Madrid, 1995.
- ORTIZ VAAMONDE: «Grupos de sociedades: problemática general y regulación en el Derecho comparado», AC, 1996.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «Los grupos de sociedades en el Derecho español», RDM, 1996.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU: «El objeto social en la Sociedad Anónima», Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ CALERO: «Instituciones de Derecho Mercantil», Madrid, 1989.
- SANTAOLALLA LÓPEZ: «La sociedad unipersonal», RJN, 1995.
- SERICK: «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles», Barcelona, 1959.
- URÍA: «Teoría de la concentración de empresas», AAMN, 1952.
- VON THUR: «Obligaciones», Madrid, 1934.

