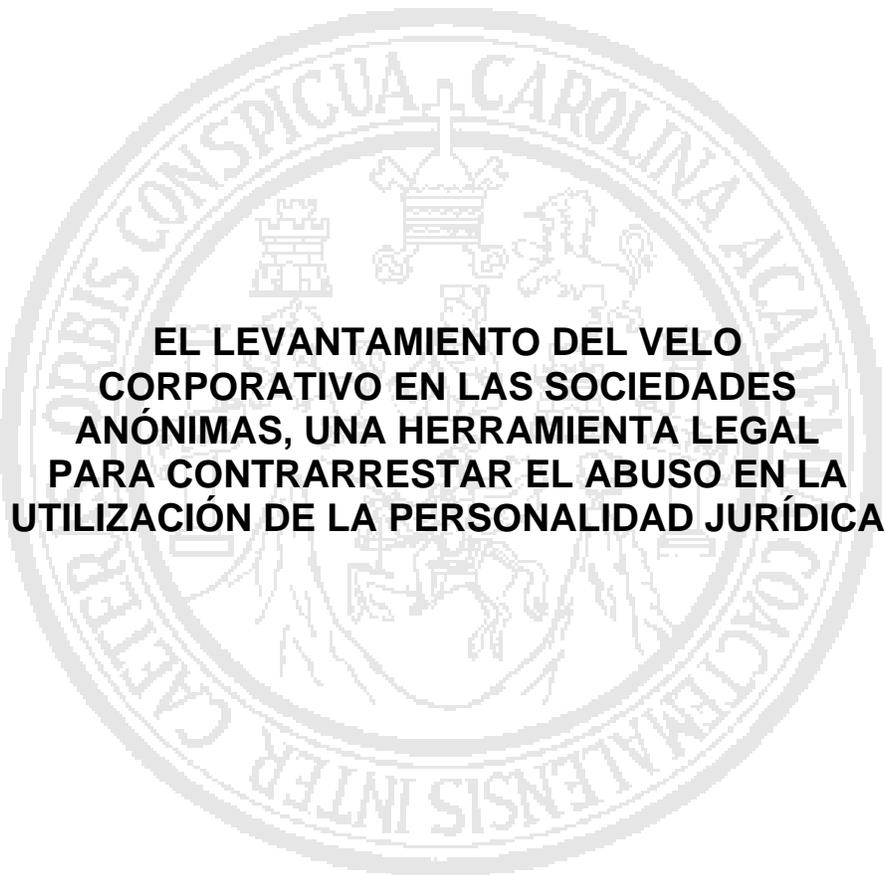


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**EL LEVANTAMIENTO DEL VELO
CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES
ANÓNIMAS, UNA HERRAMIENTA LEGAL
PARA CONTRARRESTAR EL ABUSO EN LA
UTILIZACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

ALIDA DE MARÍA VILLEDA VILLEDA

GUATEMALA, JULIO DE 2006

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES
ANÓNIMAS, UNA HERRAMIENTA LEGAL PARA CONTRARRESTAR EL ABUSO
EN LA UTILIZACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALIDA DE MARÍA VILLEDA VILLEDA

previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2006



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales
Vocal: Lic. Byron Oswaldo De la Cruz López
Secretario: Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Julio César Zenteno Barillas
Vocal: Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia
Secretario: Lic. David Sentes Luna

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

CORPORACION DE ABOGADOS
AGUILAR & ZARCEÑO

GUATEMALA
3a avenida 13-78 Zona 10
Edificio Intercontinental
Penthouse Torre Citibank
Niveles 17 y 18,
Guatemala, Guatemala.

PBX: (502) 339-8000 FAX: (502) 339-8010
WebPage: www.legal.com.gt E-mail: info@legal.com.gt

UNITED STATES
Section 8447
P.O. Box 02-5289
Miami, Florida
33102-5289
U.S.A

Guatemala, 28 de marzo del 2006.

Licenciado
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

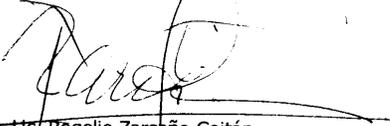
Estimado Licenciado:

En atención a la providencia de ese decanato, de fecha veintiuno de junio del dos mil cuatro, he asesorado el trabajo de tesis de la bachiller ALIDA DE MARÍA VILLEDA VILLEDA denominado "EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, UNA HERRAMIENTA LEGAL PARA CONTRARRESTAR EL ABUSO EN LA UTILIZACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA", al respecto me permito informarle:

1. Que se procedió a la asesoría de mérito, haciendo las acotaciones que se estimaron pertinentes, gravitando fundamentalmente alrededor del trabajo jurídico doctrinario relacionado anteriormente.
2. Se cumplió con los requerimientos en torno a las correcciones, principalmente formales y los requisitos exigidos por el Reglamento de la materia.

En virtud de lo expuesto, considero que el trabajo aludido puede ser discutido en un examen público, por lo que es procedente emitir dictamen favorable del trabajo de tesis.

Atentamente,


Lic. Rogelio Zarceño Gaitán
Colegiado N.º 2683



UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



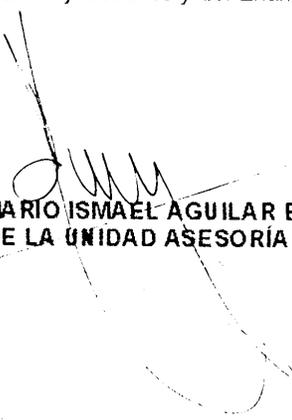
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, dieciocho de abril de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) JUAN LUIS AGUILAR SALGUERO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **ALIDA DE MARIA VILLEDA VILLEDA**, Intitulado: **"EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, UNA HERRAMIENTA LEGAL PARA CONTRARRESTAR EL ABUSO EN LA UTILIZACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

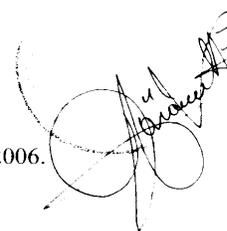

LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/sllh

Juan Luis Aguilar Salguero
Abogado y Notario

Guatemala, 9 de mayo del 2006.



Licenciado

Mario Ismael Aguilar Elizardi
Coordinador de la Unidad de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Estimado Licenciado Aguilar Elizardi:

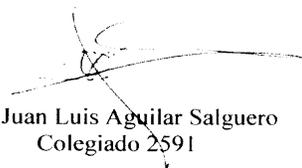
Atentamente hago de su conocimiento que procedí a revisar el trabajo de tesis elaborado por la Bachiller ALIDA DE MARÍA VILLEDA VILLEDA, intitulado "EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, UNA HERRAMIENTA LEGAL PARA CONTRARRESTAR EL ABUSO EN LA UTILIZACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA."

Al respecto me permito expresar que el tema abordado me parece novedoso, ha sido desarrollado con seriedad, fue consultada la bibliografía idónea, siendo además su redacción clara y precisa, por lo que extiendo una felicitación a la señorita Villeda Villeda por el trabajo elaborado.

En virtud de lo anterior, sustento el criterio de que el trabajo de tesis revisado, reúne los requisitos del Normativo para la elaboración de tesis, por lo que es pertinente emitir dictamen favorable a la citada monografía.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para manifestarle las muestras de mi más alta estima y consideración.

Atentamente,



Lic. Juan Luis Aguilar Salguero
Colegiado 2591

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



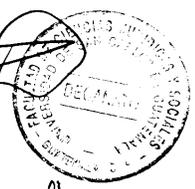
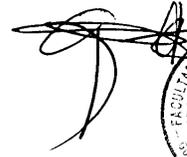
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES** Guatemala, a once de mayo de 2011.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **ALIDA DE MARÍA VILLEDA VILLEDA**, titulado **EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. UNA HERRAMIENTA LEGAL PARA CONTRARRESTAR EL ABUSO EN LA UTILIZACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

~~MAE/Alh~~




DEDICATORIA

- A Dios** Uno y trino, mi amor infinito, por guiarme, iluminarme y acompañarme siempre.
- A la Virgencita María** Por su intercesión y protección.
- A mi madre** Agripina Dolores Villeda Lemus, por su entrega maternal absoluta y amor incondicional.
- A la memoria de** Mi padre, Rosendo de Jesús Villeda Lemus (+)
Mi hermano, Arnoldo Lorenzo Villeda Villeda (+)
Porque la presencia espiritual de cada uno me acompaña siempre y su recuerdo constituye un aliciente de perseverancia en mi vida.
- A mis hermanos** María Ester, Floridalma de Jesús, Delfina del Carmen, José Manuel y Miriam Noemí, por su apoyo y cariño.
- A mis sobrinos** Ana María, Mahudiel, Jonás Arnoldo, Karla Marisol, Noel Josué, Joselyn Gabriela, Manolo y Diego Fernando, con cariño.
- A la familia Duarte Villeda** Especialmente a la memoria de mi madrina Patrocinia Villeda Nolasco (Q.E.P.D), y a sus hijas Gloria, Yoly y Mayri, por su ayuda y cariño.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La sociedad anónima	
1.1 Concepto y características.....	1
1.2 La personalidad jurídica societaria.....	4
1.3 La limitación de la responsabilidad de los socios.....	6
1.4 El abuso de la personalidad jurídica.....	7

CAPÍTULO II

2. La desestimación de la personalidad jurídica	
2.1 Concepto.....	13
2.2 Aplicación.....	16
2.3 La obra de Rolf Serick.....	18

CAPÍTULO III

3. La Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo en el Derecho Anglosajón	
3.1 Antecedentes.....	27
3.2 La equidad en el Derecho Angloamericano.....	28
3.3 El fraude en el Derecho Anglosajón.....	33
3.3.1 Concepto.....	33
3.3.2 Categorías.....	34
3.3.3 Clasificaciones del fraude.....	35
3.3.4 Condiciones de existencia del fraude.....	36
3.3.5 La equidad y el fraude.....	37
3.3.6 Tipos de fraude en la jurisdicción de equidad.....	39



	Pág.
3.3.7 Diferencias entre el fraude actual y el fraude construido.....	40
3.3.8 Los remedios de la equidad contra el fraude.....	41
3.3.9 Efectos del fraude en el Derecho Angloamericano.....	43
3.3.10 La teoría del fraude en la Doctrina de la Penetración de la Personalidad Jurídica.....	44
3.4 La doctrina de la “Agency”.....	49
3.4.1 La “Agency” en la Doctrina de la Penetración del Velo Corporativo.....	51
3.5 Orígenes de la Doctrina del “disregard of the legal entity” en los Estados Unidos.....	54
3.6 Caracteres generales de la doctrina.....	57
3.7 Casos en que se puede aplicar la doctrina.....	59
3.7.1 Falta de formalidades.....	59
3.7.2 Infracapitalización.....	60
3.7.3 Responsabilidad contractual y extracontractual.....	61
3.7.4 Los grupos de sociedades.....	62
3.7.5 Sociedades unipersonales.....	64
3.8 La doctrina del disregard en la legislación estatal y federal.....	65

CAPÍTULO IV

4. Antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo en el Derecho Comparado	
4.1 La Doctrina del Levantamiento del Velo en el Derecho Español.....	67
4.1.1 Antecedentes.....	67
4.1.2 La formulación de la Doctrina del Levantamiento del Velo.....	70
4.1.3 Crítica doctrinal al Levantamiento del Velo.....	74
4.2 El Levantamiento del Velo Corporativo en el Derecho Argentino.....	75
4.2.1 Antecedentes legislativos.....	75
4.2.2 Antecedentes jurisprudenciales.....	82



	Pág.
4.2.2.1 Efectos de la personalidad jurídica.....	82
4.2.2.2 Abuso de la personalidad.....	83
4.2.2.3 Desestimación de la personería o teoría de la penetración..	85
4.2.2.4 Objeto de la desestimación de la personería.....	86
4.2.2.5 Límites al principio.....	87
4.2.2.6 Utilización excepcional de la herramienta.....	88
4.2.2.7 Abuso de la personalidad y buena fe.....	89

CAPÍTULO V

5. El abuso de la personalidad jurídica en Guatemala	
5.1 Riesgos del acreedor quirografario.....	91
5.2 La utilización abusiva de la sociedad anónima.....	97
5.3 Proyecto de ley de la desestimación de la personalidad jurídica societaria.....	102
CONCLUSIONES.....	113
RECOMENDACIONES.....	115
BIBLIOGRAFÍA.....	117



INTRODUCCIÓN

La sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria para realizar una actividad económica con el fin de obtener un lucro que sea repartible entre todas ellas.

Una vez cumplidas las formalidades constitutivas, cualquier sociedad mercantil adquiere personalidad jurídica, distinta e independiente de los socios que la han formado. La personalidad jurídica dota a la sociedad de una individualidad, de forma que se le atribuye una denominación social, una nacionalidad y un domicilio, además se le dota de capacidad y de autonomía para actuar y contraer obligaciones en su propio nombre con terceros, respondiendo la sociedad de las deudas sociales con su propio patrimonio como norma general.

Estas notas características de separación entre la sociedad y sus socios, han hecho que en ocasiones la personalidad jurídica sea un instrumento atractivo y útil para la comisión de fraudes y abusos a los derechos de terceros, pues en determinados casos los socios que han constituido la sociedad se sirven de la persona jurídica para ocultar su identidad, su patrimonio e incluso su propia responsabilidad abusando de la personalidad jurídica.

Surgen de esta forma las teorías denominadas del “levantamiento del velo corporativo”, pretendiéndose con ellas descubrir la verdadera situación en que se encuentra la sociedad, descorriendo el “velo” de la entidad. De lo que se trata es de prescindir de la ficción o forma legal que supone la personalidad y juzgar de acuerdo a la realidad.



En el ordenamiento jurídico guatemalteco no existe actualmente una regulación específica, que permita la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad mercantil para alcanzar a quienes se esconden detrás de ella y dar remedio a esta injusticia derivada del uso abusivo de la forma social.

Si bien es cierto, existen normas y principios de derecho común que sancionan los actos cometidos en fraude a la ley, el abuso de los derechos o la simulación de los actos, los cuales pueden constituirse en un momento dado, en herramientas legales subsidiarias para exigir judicialmente la desestimación de la personalidad jurídica y responsabilizar así directamente a quienes cometieron abuso por su conducto, dichos remedios legales no son los más adecuados y propicios para rasgar el velo corporativo en los casos de uso abusivo de la sociedad, toda vez que los tribunales carecen de un apropiado y específico tratamiento jurisprudencial, legal y doctrinario del tema.

En ese contexto, la presente investigación se propone plantear algunas bases para el estudio de los complejos problemas surgidos del abuso de la personalidad jurídica societaria, desde la perspectiva específica de la sociedad anónima en nuestro país, con miras a crear en el futuro un ordenamiento jurídico específico que permita a los tribunales penetrar en la sociedad con el fin de evitar que se utilice la forma social como un instrumento para perjudicar intereses privados o bien ser utilizada como camino al fraude.

CAPÍTULO I

1. La sociedad anónima

1.1 Concepto y características

El Artículo 34 de la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce el derecho de libre asociación.

Esta norma jurídica reconoce un derecho muy amplio, que puede aplicarse en diversos ámbitos jurídicos y de la vida ordinaria, sin embargo, en el caso particular de las sociedades comerciales, creemos que es esta norma el punto de origen, que regula como un derecho protegido constitucionalmente el de crear entidades jurídicas, derecho que posteriormente es desarrollado por leyes ordinarias, específicamente el Código Civil y el Código de Comercio.

El Artículo 1728 del Código Civil define a la sociedad, estableciendo que es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias.

Esta definición de carácter civil, a la que podríamos referirnos como un concepto general, nos proporciona ciertos elementos que pueden servir como punto de partida para entender la naturaleza del fenómeno societario, a saber: (a) La concurrencia de dos o más personas que ponen en común bienes o servicios, toda vez que en nuestro ordenamiento aún no se encuentra regulada la sociedad unipersonal, desarrollada en el derecho comparado y operante en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros; (b) La finalidad de la sociedad, que es



esencialmente el ejercicio de una actividad económica que reporte ganancias a los socios.

Estos dos elementos fundamentales se presentan generalmente en todas las sociedades organizadas bajo forma mercantil, abarcando tanto las sociedades personalistas como las de capital, siendo éstas últimas donde alcanzan su mayor expresión, especialmente en la sociedad anónima, suprema expresión de las sociedades de capital, en donde las personas individuales han dejado atrás la importancia que otrora se concedía a un nombre familiar, dando paso a las grandes compañías donde se mueven inmensos capitales y que han logrado amasar cuantiosas fortunas, logrando mantener en el anonimato a las personas individuales involucradas en ellas.

Establecidas las bases precedentes, es pertinente introducirnos de lleno en el fenómeno societario que en este trabajo nos ocupa, como lo es la sociedad anónima, la cual constituye la forma societaria mas utilizada en la actualidad, dicha generalización en su uso, obedece básicamente a las bondades que la misma ofrece para manejar capitales de manera anónima.

El Artículo 86 del Código de Comercio de Guatemala establece que sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito.

Lo establecido en la citada norma no es precisamente una definición, pero considerando el contexto en que está establecida en el Código de Comercio de Guatemala, podemos analizar los elementos fundamentales de un concepto, a saber:

- Que es una sociedad, por estar conformada por una pluralidad de personas, dos como mínimo según nuestro ordenamiento.
- Que es mercantil, el carácter de sociedad mercantil le es dado expresamente por el Artículo 10 del Código de Comercio de Guatemala; así mismo, dicho cuerpo legal le otorga la calidad de comerciante, por el sólo hecho de estar organizada bajo forma mercantil, cualquiera que sea su objeto.
- Tiene el capital dividido y representado por acciones, aquí surgen dos elementos fundamentales que integran el concepto de la sociedad anónima, siendo estos: El capital y las acciones. El capital social es definido por el autor Joaquín Rodríguez Rodríguez¹ así: Es un concepto aritmético equivalente a la suma del valor nominal de las aportaciones realizadas o prometidas por los socios. En cuanto a las acciones, estas pueden ser consideradas desde tres puntos de vista, a saber: Como parte del capital social, como título-valor y como expresión de la calidad de socio. Por la naturaleza de este trabajo, nos interesa ante todo, las acciones como parte del capital social; el capital está dividido en partes que se llaman acciones las que, en su conjunto, integran el capital. Ahora bien, como el capital es una cifra numérica que representa la suma del valor nominal de las acciones, cada acción tendrá un valor fraccionario del capital.
- La sociedad anónima se identifica con una denominación, la que podrá formarse libremente, aquí aparece un rasgo distintivo de las sociedades de capital, en donde ya no interesa el nombre de las personas individuales que forman la sociedad, quedando los mismos en el anonimato, tras un nombre que identificará a la sociedad como persona distinta a los socios considerados individualmente.

¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, **Derecho mercantil**, pág. 92

- La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito; ubicando así a la sociedad anónima en la clasificación doctrinaria de sociedad de responsabilidad limitada, clasificación que atiende al grado de responsabilidad del socio frente a las obligaciones sociales, en el caso de los accionistas de las sociedades anónimas, estos responden frente a terceros por las obligaciones sociales, únicamente hasta el monto de su aportación.

Podemos concluir, diciendo que sociedad anónima es: Una sociedad organizada bajo forma mercantil, que se identifica con una denominación social, cuyo capital está dividido y representado por acciones y en la que la responsabilidad de los accionistas se limita al pago de las acciones que hubieren suscrito.

1.2 **La personalidad jurídica societaria**

La sociedad anónima, así como las otras formas societarias mercantiles previstas en nuestro ordenamiento jurídico, están dotadas de personalidad jurídica. Así lo dispone el Artículo 14 del Código de Comercio de Guatemala, el cual establece que la sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de dicho Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de las de los socios individualmente considerados.

Esta norma jurídica encierra uno de los pilares fundamentales, sobre los que descansa la existencia de la sociedades mercantiles, como realidad jurídica, la cual permite que cumpliendo determinadas formalidades y después de que el Registro Mercantil General de la República inscriba en sus archivos la nueva sociedad, se pueda crear un ente distinto de las personas que la conforman y que puede por sí misma



adquirir derechos y contraer obligaciones, adquiriendo así mismo, la categoría de persona jurídica, tal como lo establece el Artículo 15 del Código Civil, el cual dispone: Son personas jurídicas: ...4º Las sociedades, consorcios y cualesquiera otras con fines lucrativos que permitan las leyes.

De manera que la sociedad mercantil al adquirir la categoría de persona jurídica, pasa a formar parte de un complejo mundo, formado por entes abstractos que son capaces de adquirir cualquier clase de obligaciones, celebrar contratos, adquirir bienes, responder como ente social ante los reclamos que sus acreedores realicen derivado del incumplimiento de sus obligaciones, etc., es decir, que la personalidad jurídica societaria permite como medio técnico, la actuación unitaria de un colectivo para emprender actividades tendientes a la realización de un fin económico común.

Al respecto, indica la autora Carmen Boldó Roda: “Esta incomunicación entre la sociedad anónima y sus socios, esa relación de extrañeza entre el ente personificado y los miembros o sujetos que lo controlan, se manifiesta en que los intereses de la persona jurídica son ajenos a sus miembros; los intereses particulares de los miembros son ajenos al ente personificado. Es el llamado “dogma del hermetismo de la persona jurídica”. De este modo, las propiedades, deudas o créditos de la persona jurídica nada tienen que ver con los miembros de ella ni viceversa. El “hermetismo” de la persona jurídica se manifiesta tanto en el ámbito interior, donde en virtud del principio de que la decisión mayoritaria declara la voluntad de la persona jurídica, se afirma el poder libre e incontrolado de los órganos rectores, como en el ámbito exterior, donde la personalidad de la sociedad anónima excluye la de los socios, de modo

que su conducta como individuos será indiferente a la sociedad como lo es la de esta última en relación al patrimonio particular de los socios.”²

La sociedad anónima es un sujeto de derecho distinto a sus socios, a pesar de que son ellos los que toman las decisiones de aquella, bien sea en forma directa o indirecta, mediante el control que ejercen de sus órganos sociales.

1.3 La limitación de la responsabilidad de los socios

El Artículo 86 del Código de Comercio de Guatemala establece que la responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito.

El autor mexicano, Joaquín Rodríguez Rodríguez³ explica “Cuando se habla de la responsabilidad limitada del socio en la sociedad anónima, debe entenderse ello en un doble sentido: Uno, en cuanto se hace referencia al deber de aportación limitada; otro, en cuanto concierne a la responsabilidad limitada del accionista frente a terceros por las deudas sociales.”

Por la naturaleza del presente trabajo, nos interesa este segundo aspecto: El socio sólo responde frente a terceros por las deudas sociales, por la cuantía de su aportación, es decir, el capital social formado por las aportaciones de los socios y el patrimonio que la sociedad vaya adquiriendo con dicho capital, responde por las obligaciones sociales, aún cuando los bienes de la sociedad anónima resulten insuficientes para cubrir la totalidad de sus obligaciones, los acreedores no tienen derecho a reclamar a los socios o accionistas que respondan con su patrimonio personal.

² Boldó Roda, Carmen, **Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español**, pág. 40

La responsabilidad limitada constituye así uno de los principales atractivos de las sociedades anónimas, el que se ha erigido como un muro impenetrable para los acreedores de la sociedad anónima, que ven muchas veces frustrados sus reclamos ante sociedades anónimas que no cuentan con bienes suficientes para responder por sus obligaciones sociales, es así como ha surgido en diferentes países la necesidad de buscar un remedio legal que permita penetrar ese muro y llegar hasta las personas individuales que conforman la sociedad anónima.

Al respecto, el autor argentino Juan M. Dobson indica: “Son los países de mayor esfuerzo industrial los que requieren las formas jurídicas de la responsabilidad limitada. Frente a este uso, se da también su abuso y por ello la necesidad de poner remedio a estos abusos. La extendida autorización para limitar la responsabilidad a través de la persona jurídica ha llevado a abusos en los países en que la economía reside principalmente en la actividad privada. Se han utilizado las formas jurídicas previstas por la ley para admitir la responsabilidad limitada, con el objeto de consumir fraudes y perjuicios diversos a terceros, a los fines de eludir el pago de impuestos, sanciones administrativas, obligaciones contractuales, deberes familiares, nacionalidades adversas, obligaciones de todo tipo. A este fenómeno lo hemos denominado: El abuso de la persona jurídica.”⁴

1.4 El abuso de la personalidad jurídica

La existencia de la personalidad jurídica societaria y el privilegio de los socios o accionistas de limitar su responsabilidad al monto del aporte, como características esenciales de las sociedades de capital ha dado lugar

³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, **Derecho mercantil**, pág. 106

⁴ Dobson, Juan M. **El abuso de la personalidad jurídica**, pág. 69

a que se haga uso indebido de dichas ventajas en perjuicio de terceros de buena fe.

Este abuso se ha facilitado por la creciente demanda de dichas formas societarias, derivado todo ello de la importancia que han adquirido en el desarrollo económico de los pueblos, tal como indica el autor Carlos Gilberto Villegas⁵ “La sociedad anónima es la gran empresa comercial que adopta esta forma jurídica. Son, como dice Abram Chayes, los “mayores centros de poder no gubernamentales existentes en nuestra comunidad”. William T. Gossett, ex vicepresidente y asesor general de la Ford Motor Co., dice refiriéndose a la sociedad anónima: “... Es una institución económica y social que toca todos los aspectos de nuestra vida; en muchos sentidos constituye una expresión institucionalizada de nuestro propio modo de ser. En los últimos cincuenta años la industria en forma de sociedad anónima se ha desplazado de la periferia al mismo centro de nuestra existencia económica y social. En verdad, no es inexacto decir que vivimos en una comunidad de sociedades anónimas”

Ante tal panorama, no se puede soslayar la importancia que la sociedad anónima como forma societaria con personalidad jurídica propia, tiene en el desarrollo económico y social de cualquier país o grupo social, sin embargo, no se puede utilizar dicha afirmación como pretexto para encubrir verdaderos fraudes fraguados tras la cortina de una sociedad anónima, por ello es indispensable el estudio y consideración de este problema, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

La autora Carmen Boldó Roda⁶ explica al respecto: “El punto de partida del análisis de los abusos que se producen en la categoría “persona jurídica” lo ponen los autores en el nacimiento y posterior desarrollo de la sociedad anónima. Como es bien sabido, la sociedad

⁵ Villegas, Carlos Gilberto, **Derecho de las sociedades comerciales**, pág. 366

anónima surge a partir de las compañías creadas en el siglo XVI para el comercio con las Indias Orientales y Occidentales, que ostentaban claramente carácter de Derecho Público y participación en el poder soberano. La concesión a estas compañías del privilegio de la responsabilidad limitada de sus socios al importe de sus participaciones sociales respecto de las deudas de la compañía permitió su expansión, así como la asunción de grandes riesgos que, de otro modo, no se hubieran podido correr. Sin embargo, más adelante, con la constitución de estas sociedades en el campo del Derecho privado con el único fin de obtener un beneficio para los accionistas, se hace necesario buscar una justificación para el mantenimiento de dicho privilegio.”

La justificación de la existencia de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas en nuestro ordenamiento jurídico, no es posible estudiarlo como un privilegio particular otorgado a dichas formas societarias, sino más bien es un elemento intrínseco de las sociedades, que nace junto a ellas, formando parte de la propia naturaleza de las mismas, pues la ley expresamente les otorga la categoría de personas jurídicas. Entonces es necesario más bien, estudiar la postura doctrinaria asumida por nuestra ley, recurriendo para ello a las Teorías sobre la Naturaleza de la Persona Jurídica, se han enunciado muchas teorías, pero las más citadas son: Teoría de la Ficción Legal y Teoría de la Realidad.

La Teoría de la Ficción Legal, es sostenida por autores como, Federico Carlos Savigny y Rodolfo Ihering, ambos representantes de la Escuela Histórica, esta teoría sostiene que, sólo el ser humano individualmente hablando tiene capacidad de derecho, en virtud de su facultad de razonar y reflexionar, en consecuencia, la personalidad jurídica de las personas jurídicas constituye una mera ficción o invención del

⁶ Boldó Roda, Carmen, **Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español**, pág. 39.

legislador, quien les ha conferido personalidad jurídica por razones de interés social, político y económico.

Por su parte, para la Teoría de la Realidad, la persona jurídica es un fenómeno objetivo, una realidad, es una manifestación de una de las facultades más esenciales del hombre como lo es la de asociarse, de ahí que lo único que el Derecho hace, es reconocer su existencia y su calidad de sujeto de Derecho.

Al respecto, indica la autora española Carmen Boldó Roda: “Con la elaboración dogmática de la categoría de persona jurídica, la idea de Gierke de hacer depender el reconocimiento de la personalidad de su existencia anterior en la realidad social, se transforma metodológicamente por Ferrara, ya que para él, y para otros seguidores del “formalismo jurídico”, el ordenamiento constata dicha existencia en la realidad por el deseo de los particulares de constituir una nueva personalidad, y por lo tanto únicamente concentra su interés en la legitimidad del acto constitutivo o fundacional y, a lo sumo, en el fin social, e incluso este mismo queda confundido con un mero fin egoísta. En la concepción formalista, los entes dotados de personalidad jurídica se consideran (al igual que el hombre) sujetos de derechos subjetivos y relaciones jurídicas autónomos y ajenos respecto de las concretas personas físicas que, integrados en la organización del ente, controlan sus destinos.”⁷

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, nuestra legislación acepta esta última postura doctrinaria, la Teoría de la Realidad, de ahí que “el privilegio” de que las sociedades mercantiles tengan personalidad jurídica propia y constituyan entes independientes a los socios que las integran, es el resultado de la posición doctrinaria adoptada por nuestros legisladores siguiendo una de las corrientes más afianzadas en la

⁷ *Ibid*, pág. 41

mayoría de ordenamientos jurídicos de diversos países, legislación que se ha mantenido vigente hasta nuestros días, sin embargo, como reza el refrán “hecha la ley hecha la trampa”, los comerciantes encontraron en las sociedades anónimas un recurso técnico que se presta a su utilización para objetivos que no son los propios de la realidad social para la que nació dicha figura, sino otros muy distintos, privativos de los individuos que la integran, reduciendo de esta manera el concepto de persona jurídica a una mera figura formal.

Así encontramos, que la proliferación de sociedades anónimas, si bien es cierto se debe en un gran porcentaje al auge del desarrollo económico y comercial por medio de dicha forma societaria, también lo es que, un significativo grupo de esas sociedades existentes, ha sido un medio del que se valen los socios para eludir el cumplimiento de las leyes, para desligarse de las obligaciones contraídas con terceros y en general, para defraudar los intereses de éstos. La posibilidad de jugar al mismo tiempo con la propia personalidad (la del socio) y la de la sociedad abre un horizonte ilimitado a toda clase de abusos.

Otro campo propicio al abuso de la forma de la persona jurídica es el del fraude fiscal, un tema que ha suscitado las más enconadas reacciones, mayoritariamente por el fisco que busca encontrar cada día las armas más eficaces para hacer frente a dicho flagelo.

También se plantea la cuestión de la persona jurídica de las sociedades que forman grupos, ya que en muchas ocasiones no existe un verdadero equilibrio entre forma jurídica y realidad económica. La antigua doctrina francesa y más recientemente, la anglosajona, propugna la búsqueda de la verdadera conexión entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo, dejando a un lado los límites formales que separan a unas personalidades de otras.

Pero donde la cuestión del abuso de la persona jurídica se ha manifestado con mayor evidencia es, sin duda, en lo relativo a la utilización de la figura de la sociedad anónima para aprovechar las ventajas del privilegio de la limitación de la responsabilidad.

Para corregir estos abusos, indica el autor argentino Dobson,⁸ se han establecido soluciones y doctrinas, notablemente, primero en dos países de intenso desarrollo industrial, como lo son Francia y los Estados Unidos de Norteamérica, para extenderse paulatina y lentamente a los demás. Estas doctrinas permiten a los jueces investigar la realidad subyacente a las formas jurídicas adoptadas, señalando la responsabilidad y titularidad de las personas que componen un grupo societario y conformando un patrimonio del grupo distinto del ostensible. En los Estados Unidos, país donde al día de hoy los desarrollos se mantienen siendo los más importantes, se ha dado en denominar gráficamente a los remedios propuestos para estos abusos bajo la denominación común de “disregard of legal entity” (desestimación de la persona jurídica) y “lifting of the corporate veil” (levantamiento del velo societario).

⁸ Dobson, Juan M., **El abuso de la personalidad jurídica**, pág. 69.

CAPÍTULO II

2. La desestimación de la personalidad jurídica

2.1 Concepto

La Teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, denominada también allanamiento o redhibición de la personalidad jurídica, se ha ubicado entre una de las corrientes de pensamiento más sostenidas como remedio ante los problemas de abuso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas.

Para corregir estos abusos se han establecido soluciones y doctrinas, notablemente, primero en dos países de intenso desarrollo industrial, como lo son Francia y los Estados Unidos de Norteamérica, para extenderse paulatina y lentamente a los demás. Estas doctrinas permiten a los jueces investigar la realidad subyacente a las formas jurídicas adoptadas, señalando la responsabilidad y titularidad de las personas que componen un grupo societario y conformando un patrimonio del grupo distinto del ostensible. En los Estados Unidos, país donde al día de hoy los desarrollos se mantienen siendo los más importantes, se ha dado en denominar gráficamente a los remedios propuestos para estos abusos bajo la denominación común de “disregard of legal entity” (desestimación de la persona jurídica) y “lifting of the corporate veil” (levantamiento del velo societario).

El autor Juan M. Dobson⁹ al referirse a la Desestimación de la Personalidad jurídica sostiene “ Se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su

⁹ **Ibid**, pág.11

existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular.”

Continua explicando dicho autor que “en los problemas del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades y asociaciones, importa en algunos casos la necesidad de prescindir de la personalidad misma de la sociedad o asociación, ya que el abuso se hace con el uso de la forma jurídica. Pero en otra gran cantidad de casos, se efectúa un abuso de los privilegios que importan ciertos tipos sociales que ofrecen la posibilidad de limitar la responsabilidad del socio al capital aportado.

Estos supuestos deben distinguirse, ya que los remedios jurídicos en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se le niega al socio la responsabilidad limitada.”

La aplicación de la Teoría de la Desestimación de la Personalidad Jurídica en sentido amplio, tiene como resultado la negación de la existencia de un ente jurídico, la negación de la personalidad, y en un sentido más estricto implica el desconocimiento del principio de división patrimonial entre la sociedad y los socios, se trata de descubrir la verdadera situación en que se encuentra la sociedad, prescindiendo de la ficción o forma legal que supone la personalidad y juzgar de acuerdo con la realidad, descubriendo su mismo sustrato personal y patrimonial, poniendo al descubierto los verdaderos propósitos de quienes se ocultan bajo aquella máscara legal.

Sin duda alguna, como ya se indico anteriormente, ha sido en los Estados Unidos de Norteamérica donde más auge ha tenido la Doctrina de la Desestimación o Allanamiento de la personalidad, bajo diversas

denominaciones: “Disregard of legal entity”, “lifting of the corporate veil” o “piercing of the veil”, que significa dejar de lado la personalidad de las corporaciones, que era un beneficio dado por el Estado en uso de sus atribuciones fundamentales, por tanto con poder para quitar dicho beneficio.

Al respecto, el abogado Mexicano, Romelio Hernández Favela explica: “Los casos de abuso que son tratados en ese país (Estados Unidos de Norteamérica) como en muchos otros son evidentemente variados, sin embargo, los estudiosos de este fenómeno en ese país han coincidido en señalar, que en la mayoría de las situaciones deberán coexistir o presentarse dos presupuestos importantes a fin de justificar su sanción mediante desestimación de la persona moral. Tales presupuestos los hacen consistir generalmente en la existencia en un “control abusivo de la sociedad”, constituyendo este primer requisito uno que también se le conoce como de formalidad, o de la instrumentalidad y se requiere además la existencia de una causa injusta o inequitativa que el remedio trate de evitar o solucionar, tal como el fraude a la ley, o el perjuicio a terceros, como pudiera ser en un momento dado y de suma importancia como se reconoce también por varios autores, la “inviabilidad económica” de la empresa. No obstante lo anterior, es importante advertir como habremos de reiterarlo durante este apartado, que el remedio de la develación en este país es uno basado exclusivamente en los principios de justicia y equidad, derivado precisamente de las opiniones judiciales emitidas originalmente por los jueces de equidad, en uso de sus facultades como tales.”¹⁰

Sin embargo, como explica el autor argentino Juan M. Dobson¹¹, en ningún país la doctrina nació como proyección de idea unitaria de jurista

¹⁰ Hernández Favela, Romelio, **Desestimación de la personalidad jurídica en Estados Unidos**, derechoempresarial.de.america.net

¹¹ Dobson, **Ob. Cit**; pág. 17

alguno. Los tribunales comenzaron a dar solución a problemas concretos, sin mayores preocupaciones dogmáticas. Ello es cierto tanto en los Estados Unidos como en la Europa continental.

Al incrementarse el número de decisiones judiciales en las cuales la personalidad jurídica era desestimada, se hizo necesario una sistematización y una fundamentación. El derecho estadounidense efectuó su sistematización a nivel de diversos institutos típicos de su sistema, en especial la agency, el fraude y el estoppel y creando otros apropiados por la vía jurisprudencial, como la “subordinación de créditos.”

Por su parte, el derecho continental europeo sistematizó las decisiones principalmente a nivel del abuso del derecho, con algunas referencias a la teoría del fraude y de la responsabilidad por hechos ilícitos.

En síntesis, se puede acotar que la designación “Desestimación de la personalidad jurídica” o sus sinónimos “penetración de la personalidad” o “allanamiento de la personalidad” u otros similares, apuntan más hacia un resultado que a un método. No se denota una acción específica con efectos determinados, sino que es el objeto que se persigue mediante diversas acciones.

2.2 **Aplicación**

En el derecho comparado, la aplicación del remedio del allanamiento de la personalidad jurídica ha sido muy profusa, se ha utilizado el resultado en casos que van de lo doméstico a lo internacional.

La doctrina jurídica de los diversos países ha aportado, hasta los tiempos recientes, concepciones justificantes de este resultado, que van

desde enumeraciones de casos en que resulta posible prescindir de la responsabilidad limitada y alcanzar la de los socios de una sociedad, hasta la propuesta de reglas generales que indican las pautas a seguir para desconocer totalmente la personalidad jurídica.

Todas las doctrinas parten de una base común, señalando que las razones estarán dadas por la consideración de una determinada actividad efectivamente perseguida por el sujeto o el grupo, distinta de la aparente o declarada y en prestar atención a las consecuencias que esa distinción importa.

Esta atenta consideración sobre la actividad efectivamente perseguida por el grupo o el individuo y las consecuencias que esa actividad genera posibilitan un replanteamiento en base a esas consecuencias. Replanteamiento que puede llevar al repudio total de la personalidad, en los casos extremos.

El autor argentino Juan M. Dobson¹² hace una clasificación de los casos a los cuales se aplica la doctrina de la desestimación en dicho país, la cual incluye:

(a) Casos en que el resultado de la acción importa el allanamiento, esto es, el desconocimiento o ignorancia de la calidad de sujeto de derecho de una sociedad o asociación. Tal es el caso de la simulación absoluta de la sociedad, o en los casos de nulidad de ella por objeto ilícito. En estos casos es lícito hablar de “desestimación propiamente dicha o “absoluta.”

(b) Casos en que el resultado de la acción intentada es la inoponibilidad o ineficacia de la sociedad o asociación frente a un acreedor dado. En estos supuestos, la calidad de sujeto de derecho se

¹² **Ibid**, pág. 16

mantiene vigente en todos sus aspectos, pero esa calidad no es oponible a un acreedor en razón de circunstancias previstas por la ley, como en el caso de las acciones revocatorias. En estos supuestos el término “desestimación” adquiere valor convencional, ya que en todo caso se trataría de una “desestimación limitada” o “parcial”.

(c) Casos en que el resultado de la acción consiste en la declaración de la quiebra de una persona, que se extiende a otra en razón de los supuestos previstos en la Ley. En estos casos, la Ley concursal configura un verdadero supuesto de “hecho de quiebra”, esto es, una presunción legal que determina un resultado obligatorio para el Juez. Estos supuestos no deben interpretarse como configurativos de una causal de desestimación autónoma, aunque en algunos casos los tribunales argentinos lo han resuelto así.

(d) Casos en que lo que se persigue es extender la responsabilidad por una deuda social a un socio protegido por la responsabilidad limitada, o a un tercero no socio. En estos casos, es excesivo hablar de desestimación de la personalidad. Podría incluirse dentro de este grupo a la responsabilidad de las sociedades vinculadas o filiales.

2.3 **La obra de Rolf Serick**

La obra del profesor alemán de la Universidad de Heidelberg, Rolf Serick, titulada “Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso del Derecho por medio de la persona jurídica” es sin lugar a dudas, la obra que más influencia ha ejercido en la jurisprudencia y doctrina de diversos países, en el área de la desestimación de la personalidad jurídica.

A raíz de los abusos cometidos al amparo de la forma de la persona jurídica, la doctrina de todos los países se ha manifestado en contra de la concepción realista de la persona jurídica. Los autores del Siglo XIX, al amparo del formalismo, habían creado un mito y creían haber encontrado un progreso en la completa asimilación de las personas jurídicas a las físicas. En muchos países, esa ideología fue aceptada sin discrepancias por los legisladores, quienes plasmaron en los ordenamientos jurídicos tal postura.

Sin embargo, a mediados del siglo XX y coincidiendo con la llamada “crisis del positivismo”, se produce una línea de renovación en toda Europa por la cual se rechaza dicha ideología y sin abandonar el concepto de persona jurídica, se va a intentar reducirlo a sus propios límites.

En este momento adquirirá un nuevo sentido la utilización del concepto “persona jurídica” en virtud de una concepción más realista del derecho, calificándola como una concepción estrictamente técnica y más acorde a la realidad, según la cual la personalidad jurídica es un procedimiento técnico del que hacen uso los juristas para agrupar y justificar ciertas necesidades que se les imponen.

Dentro de esta renovación ideológica, la reacción más importante y que más repercusión ha tenido hasta la actualidad es la que llevó a cabo la jurisprudencia norteamericana, con el desarrollo del sistema del Common Law; para ellos la formación del concepto de persona jurídica ha seguido una evolución diferente, prescindiendo del exagerado dogmatismo que ha caracterizado a otros sistemas jurídicos, habiendo logrado con ello un mayor control jurisprudencial de los fines de la persona jurídica. De ese modo se ha formado la doctrina del disregard of the legal entity, según la cual los jueces pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar

a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura. Esta doctrina, basada en la equidad, se ha convertido en un patrimonio conceptual consolidado en el Derecho americano de sociedades.

Rolf Serick se ocupó de divulgar en toda Europa esta doctrina, por medio de su obra “Rechtform und Realität juristischen Personen”, que llegó a alcanzar un amplio desarrollo en toda la doctrina europea, dando lugar a diversas reacciones que desencadenaron la llamada “doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica.” Para afrontar el estudio del problema de la persona jurídica en el Derecho Alemán, Serick parte del análisis de la doctrina del disregard of the legal entity formulada años atrás por la jurisprudencia norteamericana.

El estudio de dicha jurisprudencia le lleva a deducir que los jueces americanos, siempre que han adoptado medidas que alcancen a las personas que se hallan detrás de la sociedad han estado convencidos de que se trata de algo excepcional. Si estos admitiesen –deduce Serick– con facilidad que la sociedad y los socios pueden identificarse, sacrificarían con ello la gran conquista que ha hecho que la sociedad sea tan imprescindible en la moderna vida de los negocios: La que consiste en la limitación de la responsabilidad sobre el patrimonio de la persona jurídica.

Serick se plantea la posible utilización de la doctrina del disregard of the legal entity en un sistema totalmente distinto, aunque con una finalidad semejante: Lo que denomina penetración (Durchgriff) a través de la forma de la persona jurídica. Pero mientras la concepción norteamericana de la persona jurídica se ajusta a la teoría de la ficción de Savigny, Serick parte de la teoría de la realidad elaborada por Gierke. De esta forma, la decisión de desestimar o no la forma de la persona jurídica (Missachtung der Rechtform der juristischen person) ha de basarse en un examen de la

realidad y de la constatación de la existencia de un abuso de esa forma, lo que no implica negar la personalidad jurídica, sino negarla en el caso en concreto por falta de adecuación a la realidad. Según Serick existe un abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.¹³

Serick agrupa las manifestaciones más frecuentes que revisten los supuestos de abuso de la persona jurídica en tres categorías generales, a saber:

1. Fraude de ley por medio de una persona jurídica

“ Se habla de una fraude de ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a prohibir que se alcance por medio de una determinada forma negocial.

Una ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquella, tanto si ya existía como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal. El mandato o la prohibición de la norma no aparece de esta forma formalmente infringido por el sujeto afectado porque sólo realiza los actos que le están prohibidos por medio de la persona jurídica.”¹⁴

2. Fraude o violación al contrato

¹³ Boldó Roda, Carmen, **Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español**, pág. 48

¹⁴ **Ibid**, pág. 74

Se trata de aquellos casos en los que, por medio de la persona jurídica, puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio.

La autora española Carmen Boldó ejemplifica el presente caso de la siguiente manera: “ A y B se obligan frente a C a no realizar determinado acto. Pero resulta que el mismo acto lo realiza la sociedad X, cuyos socios son A y B. La sociedad X, una persona jurídica, ha sido creada con la finalidad de burlar el contrato celebrado con C. Pero también existen supuestos de fraude de contrato con la utilización de una persona jurídica cuando es indudable que mediante un contrato las partes quieren alcanzar un fin perfectamente determinado, pero han elegido una forma que permite a una de ellas liberarse de las consecuencias del contrato a base de recurrir después a la estructura formal de la persona jurídica. En el caso anterior existe una aplicación abusiva de la persona jurídica porque fue creada después de celebrado el contrato y para burlarlo. En este caso, en cambio, el abuso consiste en que una persona jurídica que ya existe en el momento de celebrar un contrato es utilizada después para burlarlo. En ambos casos, la persona jurídica es el medio que debe permitir lograr un resultado que choca contra lo expresamente prometido o que indudablemente se ha buscado.”¹⁵

3. Daño fraudulento causado a terceros y en algunos supuestos de relaciones entre una sociedad madre y una sociedad filial:

Existen casos que no pueden quedar incluidos en las categorías ya citadas de fraude de ley y de contrato, pero en los que también se causa perjuicio a terceros con la utilización de la persona jurídica.

¹⁵ **Ibid**, pág.. 75

Serick elaboró unas reglas fundamentales que posibilitan penetrar en el sustrato de la persona jurídica, teniendo en cuenta principalmente las construcciones del derecho angloamericano.

Resume esas reglas en una fundamental y cuatro proposiciones que se enuncian de la siguiente manera:

Regla fundamental

Cuando por intermedio de una persona jurídica se posibilita la burla a una disposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros, existe abuso de la personalidad jurídica. Sólo en estos tres casos puede alegarse que ha sido violada la buena fe, ya que de lo contrario la invocación de la buena fe trastorna todo el sistema de la personalidad jurídica.

Esta regla fundamental se complementa con otras tres que expresan:

- a) Para desestimar la persona jurídica no es suficiente con alegar que tal remedio es preciso para que se cumpla con la ley o un contrato determinado. Admite una excepción a este postulado: Cuando se trata de la violación de normas creadas específicamente para asegurar que la persona jurídica pueda cumplir con sus funciones.
- b) Cuando las normas jurídicas establecen pautas que tienen en cuenta valores específicamente humanos, o determinadas cualidades de éstos, entonces esos valores o cualidades son de aplicación también a las personas jurídicas.

- c) Si la forma de la persona jurídica es utilizada para ocultar que en realidad existe identidad con las personas que intervienen en determinado acto, y para que la norma jurídica se cumpla se requiere que la identidad de los sujetos interesados no sea puramente nominal sino efectiva, entonces puede desestimarse la personalidad.

Dobson explica que Serick inaugura así la concepción que estima que la desestimación o prescindencia de la personalidad jurídica es un capítulo del abuso del derecho, entendiendo que la persona jurídica puede ser allanada en dos supuestos: El primero cuando se la “utiliza abusivamente” y el segundo a los fines de “enlazar determinadas normas con las personas jurídicas.”

Serick se mantiene alejado de los remedios brindados por el derecho para el fraude. Considera que la cuestión de la coexistencia de la doctrina de la penetración con los remedios atinentes a las enajenaciones y actos fraudulentos es “extremadamente difícil” y no entra en detalles sobre ella.

No obstante, adelanta su opinión en el sentido de que los supuestos son distintos: En la acción de fraude hay que dirigirse contra el deudor, mientras que la doctrina de la penetración permite atacar a los bienes de la sociedad directamente.

También sostiene que existen casos en los cuales la acción de fraude resulta la única adecuada. Tal sería el caso en que un deudor transmite bienes de su patrimonio a una sociedad real, que no es, por tanto, simulada ni se identifica con el mismo deudor.



Finalmente, determina que el elemento “perjuicio” requerido por la acción de fraude no se halla presente entre los requisitos de la teoría de la penetración.

En suma, para este sector doctrinal, la teoría de la penetración o desestimación de la personalidad jurídica importa un sector elaborado como parte de la teoría del abuso del derecho, en el cual pueden extraerse reglas generales de aplicación exclusiva a este sistema limitado del saber jurídico.¹⁶

¹⁶ Dobson, Juan M. **El abuso de la personalidad jurídica**, pág. 23



CAPÍTULO III

3. La Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo en el Derecho Anglosajón

3.1 Antecedentes

El disregard of legal entity ha sido desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica dentro del complejo sistema judicial en el que ellos están inmersos, basado en la equidad, criterio que se ha convertido en piedra angular del Derecho, y con el pragmatismo que los caracteriza, que a lo largo de los años les ha dado un resultado verdaderamente fructífero, entienden a la persona jurídica como lo más parecido a una ficción.

Según la doctrina y jurisprudencia, su aplicación debe ser efectuada en forma excepcional, pero con amplitud de miras y fundamentalmente con un criterio equitativo, restringido a los casos de fraude o ilegitimidad, que eran los factores tradicionales que justificaban la intervención de un tribunal de equidad. Así, entendieron que ello era factible, cuando por ejemplo, en el año 1809 en el caso “Bank of the United States vs. Deveaux”, el Juez Marshall, quien fue llamado a resolver el caso, entendió que correspondía penetrar el velo social, sacando a la luz a sus integrantes, para así extender la jurisdicción de los tribunales federales a las controversias suscitadas entre éstos por ser ciudadanos de distintos Estados, por cuanto la corporación es una entidad artificial, invisible, intangible que sólo existe en la mente del legislador. Esta decisión fue la primera que contrarió el criterio de que una sociedad era indivisible e inextinguible conforme lo había sostenido el Tribunal Supremo de Estados Unidos, y el medio por el cual se puso de manifiesto que las partes que intervenían en la disputa eran esencialmente los socios y cómo éstos poseían la ciudadanía de distintos Estados, correspondía que su juzgamiento fuera en el fuero federal.

En el año 1898, el caso “ Harris vs. Youngstone Bridge Co.” , sienta las bases de la reformulación de la teoría, sobre la que se ha dado en llamar la doctrina alter ego que se refiere a la intolerante relación o vinculación entre la sociedad dominante y la subsidiaria que conduce a un resultado contrario a la equidad lo que justifica hacer responsable a la primera por los actos de la segunda. En definitiva, se ha resuelto que se encuentra justificado prescindir de la persona jurídica cuando la vinculación existente ha sido utilizada para obtener un resultado injusto, por más que haya habido una estricta observancia de las exigencias y formalidades establecidas por la ley. Se privilegia así por encima de las formalidades la equidad y la justicia.

Para comprender las distintas manifestaciones que a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo se producen de la doctrina del disregard of the legal entity en el Derecho norteamericano, es necesario estudiar las bases comunes a todo el Derecho Anglosajón, sobre las que se asienta la construcción de dicha doctrina.

Los tres pilares fundamentales son los conceptos de:

- equidad
- fraude
- la doctrina de la “agency”

3.2 La equidad en el Derecho Angloamericano

A pesar de ser utilizada tanto por los tribunales de equidad como por los de derecho, la teoría del disregard of the legal entity en el Derecho anglosajón es una aplicación de los principios y procedimientos de equidad.

Dobson¹⁷ explica “Uno de los rasgos más sobresalientes del régimen jurídico inglés y de los de él derivados consiste en su concepto y aplicación de un sistema de equidad diferenciado. Este sistema de la equidad como régimen contrapuesto y complementario de otro compuesto de normas jurídicas de interpretación estricta constituye un pilar muy ostensible del derecho angloamericano, otorgándole a la vez un particular colorido.

La noción de la equidad en este sistema jurídico ha devenido en basal, por lo que es dable señalar que resulta imposible su comprensión sin tener una apreciación, siquiera aproximada, de las peculiares formas de la equity.

En esta concepción, la equidad llegó a convertirse en una rival del derecho, con sus propias reglas y su particular jurisprudencia. A lo largo de la historia del derecho inglés y norteamericano, sus instituciones han devenido en formas morigeradoras de las severidades y asperezas propias de un régimen jurídico rígido. Actualmente, las rivalidades entre la equidad y el derecho han finalizado, complementándose ambas en un solo sistema de normas, con lo que la equidad ha adquirido un carácter complementario, pero integrante de otro esquema mayor y único.”

Encontrar una definición adecuada a este instituto del mundo anglosajón resulta difícil, sin embargo, puede hacerse una aproximación por medio de las características generales del mismo. Maitland citado por Dobson, define a la equidad como “Aquel cuerpo de leyes que es aplicado únicamente por los Tribunales de Equidad”¹⁸. Como puede verse dicha definición no aporta mayores rasgos de tan peculiar figura del Derecho Anglosajón.

En el Derecho Anglosajón, la equidad aparece como un régimen complementario y contrapuesto al del *common law*, con sus propias reglas y su propia jurisprudencia.

¹⁷ **Ibid**, pág. 97

Al igual que la equidad, el *common law* suele ser definido con escasa precisión y en algunas ocasiones en contraposición a la equidad. Dobson define el *common law*, como concepto distinto del derecho de equidad, indicando que “es el conjunto de reglas y principios, escritos o no, que tienen una autoridad fija e inmutable y que debe ser rigurosamente aplicado a las controversias en su plenitud, sin posibilidad de ser modificado para ajustarse a las peculiaridades de cada caso específico o teñido con la discrecionalidad del tribunal y que se funda explícitamente en la costumbre o en la ley, distinguiéndose así de cualquier pretensión de superioridad ética.”¹⁹

La convivencia pacífica durante siglos entre el *common law* y la *equity* dentro del sistema jurídico inglés ha determinado una ubicación de esta última con un régimen de vigencia supletorio, con un carácter accesorio de integración.

Explica Dobson “Como regla general, una corte de equidad sólo puede asumir su competencia frente a un caso, cuando exista un daño irreparable de otra manera.

A estos fines, un daño resulta irreparable cuando el tribunal de derecho no ofrece amparo alguno o cuando el amparo ofrecido es inadecuado o injusto.

Un daño resulta irreparable, sostuvo otro tribunal, cuando no exista un patrón pecuniario cierto para dimensionar el daño, sin que ello importe que daño irreparable y compensación inadecuada constituyan de manera alguna sinónimos.

He señalado ya la regla suprema de la convivencia pacífica entre la equidad y el *common law*: La primera es suprema. Esta regla, como es obvio, hubo de

¹⁸ **Ibid** ,pág. 98

marcar en forma indeleble el desarrollo del sistema jurídico angloamericano, ya que la equidad tiene siempre la última palabra.”²⁰

Características del sistema actual de equidad

a) Es un sistema de “trama abierta” regido por principios generales, su marco de aplicación se ha mantenido impreciso deliberadamente, de manera que pudiera captar la cambiante materia de las cuestiones que debía resolver. En este sistema prevalecen los criterios de “razón y conciencia”, admitiéndose las facultades del juzgador para negar el amparo jurisdiccional, cuando a su criterio la regla de equidad no se ajusta a las particularidades del caso.

b) La equidad tiene una función accesoria, complementaria y supletoria, las facultades de un tribunal en equidad no son absolutas ni puede establecer cualquier remedio a cualquier situación de hecho, existen límites a su accionar, el principal de los cuales apunta a su carácter supletorio, incluso, su propia existencia es establecida de una forma negativa, cuando no exista remedio adecuado en el common law, entonces aparece la equidad. La función de la equidad consiste en completar el régimen de derecho, de manera de mantener una elasticidad en él que permita captar las cambiantes situaciones de hecho, sin por ello perder el orden tradicional.

c) Los tribunales de equidad tienen facultades discrecionales para admitir o rechazar su propia competencia en el caso presentado requiriendo su amparo. También tiene facultades discrecionales para hacer frente a los hechos del caso particular, siendo su propia discreción también la que fije los límites al amparo brindado. El Juez resuelve conforme a los dictados de su conciencia.

¹⁹ **Ibid**

²⁰ **Ibid**, pág. 121

d) Finalidad transformadora de la equidad, la amplitud de criterio, las facultades de apreciación y la enorme gama de posibilidades en materia de remedios judiciales que otorga la equidad, significa el cumplimiento de una misión transformadora del derecho, adecuándolo a las circunstancias que lo requieren. La equidad actúa con la finalidad de atenuar y flexibilizar las rigideces del Derecho, adecuándolo a las distintas circunstancias que así lo requieren. Las cortes de equidad tienen incluso el poder de adaptar sus procedimientos a las exigencias de cada caso en particular.

e) El interés público es una consideración importante en el desarrollo y la aplicación de la equidad, cuando el interés general o público se halla involucrado en la solución de un caso determinado, el tribunal de equidad se verá más dispuesto a brindar su amparo que en los casos en que solo el interés privado se halla en juego.

La doctrina del *disregard of the legal entity* cae íntegramente dentro del ámbito de la equidad. A pesar de ser utilizada tanto por los tribunales de equidad como por los de derecho, la Teoría del *disregard* es una aplicación de los principios y procedimientos de equidad.

La equidad utiliza un lenguaje deliberadamente vago e impreciso, se caracteriza por reglas muy generales, por lo que esta imprecisión y generalidad se ha trasladado a la doctrina de la penetración de la personalidad jurídica, al ser éste un remedio de equidad, mantiene sus técnicas, como son su lenguaje vago y ámbito de aplicación.

Pero como explica Dobson “Por ser un remedio de equidad supone la falta de todo otro remedio por parte del common law para regular el caso, haciendo jugar sus caracteres de complementaria, supletoria y accesorio. De manera que su simple caracterización como remedio equitativo en el derecho inglés y anglo-norteamericano supone que no existe un remedio adecuado en el

common law para regular el caso, así como la utilización de un sistema de características muy flexibles, donde los jueces tienen facultades más amplias y mayor posibilidad de apreciación de los hechos particulares.”²¹

3.3 El fraude en el Derecho Anglosajón

3.3.1 Concepto

El uso del vocablo “fraude” en el Derecho Anglosajón es común a la equidad y al common law, aun cuando los remedios previstos por cada uno de ellos sean diferentes.

Sin embargo, como es usual en el Derecho Angloamericano, no se ocupan de crear definiciones y/o clasificaciones doctrinales de sus instituciones jurídicas en general, el fraude no es la excepción, por lo que resulta difícil hallar conceptos generales de esta institución.

Como explica Dobson “No existe una noción omnicompreensiva del fraude sino que cada caso debe ser considerado conforme a sus propios hechos peculiares, por cuanto el tema del fraude implica una designación genérica y de tan diversos grados y variadas formas, que los tribunales se han debido contentar con obtener unas pocas reglas generales con el fin de descubrirlo y combatirlo, y permitir que sean los hechos y circunstancias propias de cada caso, las que calando hondo en la conciencia y entendimiento del Juez y del Jurado, determinen la presencia o ausencia del fraude.”²²

No obstante, haciendo una reseña de algunos de los numerosos fallos que contienen conceptos de fraude, podemos establecer ciertas

²¹ **Ibid**, pág. 135

aproximaciones conceptuales de carácter muy general, sin que la finalidad de sus autores haya sido crear una definición, entre dichos fallos cabe citar: “Toda negociación injusta; todo acto positivo del que resulte una intención de engañar; el artificio por el cual una persona es engañada en su propio perjuicio; un acto voluntario y malintencionado, dirigido a cometer un daño a los derechos de los terceros; las prácticas engañosas tendientes a privar o que efectivamente priven a otro de sus derechos por medio de alguna artimaña o un artificio contrario a las reglas de la honestidad común, el hacer aparentar un estado de cosas a una persona con quien se halla al momento presente o se hallará en el futuro en negociaciones, como si fuera la situación real, mientras se tiene conocimiento que el verdadero estado de cosas es otro.”²³

3.3.2 Categorías

En la teoría anglosajona del fraude se han desarrollado algunos conceptos que, a su vez son utilizados frecuentemente en la doctrina del disregard of legal entity, los límites para demarcar las diversas categorías de fraude no son precisos, pero en términos generales la jurisprudencia suele distinguir entre las diversas actitudes que asume una persona para engañar a otra o para inducirle a error a fin de obtener una ventaja.

La jurisprudencia distingue las siguientes categorías:

- 1) Las falsas manifestaciones: False representations

Es la categoría más genérica del fraude y consiste en cualquier hecho que proceda de un acto realizado por la parte cuestionada, que se estime suficiente como para crear en la mente del perjudicado una impresión

²² **Ibid**, pág. 139

²³ **Ibid**, pág. 140

distinta de la realidad y capaz de inducirle a actuar en un sentido determinado.

2) Misrepresentation

Consiste en un hecho positivo, una efectiva afirmación de una circunstancia de hecho como verdadera, cuando en realidad es falsa: La presentación de lo verdadero como falso.

3) False pretenses, imposture (impostura)

La primera expresión hace referencia a los artificios mediante los cuales se accede a la propiedad de un bien de un tercero, mientras que la segunda designa las falsas manifestaciones en cuanto a la solvencia personal de quien las realiza.

3.3.3 Clasificaciones del fraude

La clasificación más tradicional del fraude, seguida tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de Norteamérica, fue establecida en el caso “Chesterfield v. Janssen” por el Juez Hardwicke:

- 1) Fraude activo o actual;
- 2) Fraude que surge con evidencia de la naturaleza intrínseca del negocio;
- 3) Fraude presumido por las circunstancias y condiciones de los contratantes;
- 4) El engaño practicado por una tercera persona por medio de un negocio celebrado entre otras personas;

5) El fraude realizado sobre herederos futuros u otros con derechos en expectativa tendiente a captar su voluntad para disponer de los bienes a adquirir en el futuro;

Otras clasificaciones mas modernas establecen diversos tipos de fraude:

- 1) El que resulta de una imposición directa sobre el perjudicado;
- 2) Aquel que es tácito o presunto de la relación entre las partes;
- 3) El que resulta de una imposición sobre terceros;
- 4) Aquel que puede ser deducido del valor intrínseco de la relación.

Existen otras categorías a las cuales se consideran fraudes particulares, como las falsas manifestaciones dirigidas al público en general o la competencia ilícita.

3.3.4 Condiciones de existencia del fraude

Los elementos mínimos del fraude requieren la falsa manifestación de un hecho importante determinado, que el imputado sabía o debía saber que era falso; manifestación ésta en que el perjudicado confió en su propio perjuicio, siempre que un hombre común hubiera razonablemente confiado de la misma manera.

Esta caracterización requiere la presencia de los siguientes elementos:

- 1) Una falsa manifestación relativa a hechos, no siendo suficiente la simple emisión de opiniones o la ocultación maliciosa;
- 2) La falsa representación debe ser sobre hechos determinados;
- 3) El conocimiento de la falsedad del hecho manifestado;

4) No existe derecho a amparo si resulta obvio que el engaño se produjo como resultado de ignorar el perjudicado lo que cualquier persona normal hubiere debido entender o hubiera debido observar y prever.

Desde el punto de vista procesal, la carga de la prueba tanto en los procedimientos de equidad como de common law, le corresponde al actor, y el elemento intencional se probará comúnmente por los indicios.

3.3.5 La equidad y el fraude

Uno de los campos de acción más importantes para la aplicación del derecho de equidad es el del fraude. Probablemente sea éste el terreno donde la aplicación de la equidad se haya efectuado con mayor liberalidad y sus remedios utilizados con mayor frecuencia.

La regla de equidad establece que el amparo será otorgado en todos los supuestos en que existan transacciones que hayan surgido de falsas afirmaciones, haya o no habido intención fraudulenta por parte de su emisor. Todo lo que debe acreditarse es que ha existido una falsa manifestación y que esa aseveración ha inducido erróneamente a la persona a quien le fue formulada.

También se aplica al campo del fraude la regla que indica que la jurisdicción de equidad no es aplicable cuando existe un remedio adecuado en sede del common law. Pero ocurre que los remedios que ofrece el common law en materia de fraude son muy limitados y aun aquellos de que dispone, pocas veces son adecuados.

Puede afirmarse que los remedios contra los actos fraudulentos son patrimonio prácticamente exclusivo de la equidad y han sido utilizados con

preponderancia por sus cortes. Ello se debe a varias razones fundamentales. En primer lugar la reacción del common law frente al fraude es primordialmente negativa, en el sentido de impedir el progreso de una acción o una defensa fundada en el hecho fraudulento.

La equidad, al contrario, tiene asimismo una visión afirmativa del fraude, confirmando la transacción y obligando al demandado a cumplir con su prestación, transfiriéndose así lo ilícitamente obtenido a quien en justicia le corresponde.

La noción del fraude que tiene la equidad, es así más amplia que la que tiene el common law.

En este campo donde las pruebas directas son tan difíciles, el common law ofrece el inconveniente de no admitir la prueba de indicios, mientras que las cortes de equidad los admiten sin restricción.

Puede concluirse entonces que existe una competencia concurrente de los tribunales del common law y los de equidad en materia de fraude. A pesar de no existir circunstancias de hecho que otorguen indefectible competencia a los tribunales de equidad, por regla general éstos declinarán su competencia cuando el remedio otorgado por el common law resulta adecuado, pero tomará también primordialmente en cuenta el derecho al juicio por jurados, el que la equidad no ofrece, es por ello que cuando las partes tienen derecho a determinar las cuestiones de hecho por medio de un jurado, entonces las cortes de equidad declinan su jurisdicción.

En materia de fraude, los tribunales de equidad pueden resolver en contra de las palabras de una ley emanada de la legislatura.

3.3.6 Tipos de fraude en la jurisdicción de equidad

Hay que distinguir dos tipos de fraude en la jurisdicción de equidad:

a) Fraude construido

Consiste en cualquier acto de omisión contrario a las obligaciones legales y deberes de equidad, o la violación a alguna relación de confianza depositada en alguna persona que es la que realiza el acto que resulta contrario a la buena conciencia y causa un perjuicio a otro.

Nos hallamos en este caso frente a una pura determinación judicial, sin que en el caso se den los requisitos que el derecho angloamericano exige para la presencia del fraude, por lo que se adopta un mecanismo ambiguo para evitar el enriquecimiento indebido de una persona en perjuicio de otra, aun cuando no exista el menor indicio de la presencia de actos intencionales para ello.

En el caso del fraude, el derecho angloamericano admite que el Juez asigne los efectos del fraude a situaciones en las cuales los requisitos de él no están presentes “construyendo” así el fraude donde no lo hay.

El fraude construido o tácito ha sido caracterizado como un acto realizado u omitido que equivale al fraude positivo, o es considerado tal por el Juez en razón de su efecto pernicioso respecto de los intereses públicos y de la confianza tanto privada como pública, a pesar de la inexistencia de intención en el acto o la omisión, de causar perjuicio mediante un acto considerado de fraude actual o positivo en otras personas.

b) Fraude actual

Consiste en la decepción, el artificio y el engaño intencionales. Requiere una directa operación de la mente e incluye todos los casos del empleo de la astucia, el engaño y el artificio con el objeto de confundir al perjudicado. Requiere asimismo un hecho exterior positivo o negativo, sea algo efectivamente expresado, realizado u omitido por una persona con el propósito de realizar lo que tiene conciencia que es un engaño.

El fraude actual, también es denominado fraude positivo y requiere el engaño intencional, acaeciendo de tal manera que se convierta en un vicio de la voluntad.

3.3.7 Diferencias entre el fraude actual y el fraude construido

A) En el derecho angloamericano, la noción de “fraude actual” corresponde a la caracterización del dolo en el derecho de origen romanista. Asigna a este instituto los efectos propios del dolo: La nulidad del acto.

Frente a la carencia de un instituto en el common law que ocupe el lugar de la acción de fraude o pauliana, se ha visto obligado a elaborar remedios jurídicos que comprendan las situaciones que ésta prevé, y a tal fin ha diseñado la noción de “fraude construido”, por vía de su jurisdicción de equidad, en donde es posible asignar los efectos del dolo a actos que no son dolosos, por cuanto se entiende que resulta en la solución equitativa del caso. Pero dado el muy versátil y amplio espectro de soluciones que puede brindar la equidad, no sólo la nulidad podrá ser

utilizada como efecto al acto que se estima fraudulento, sino muchos otros apropiados, a criterio del Juez.

Así entonces, el fraude construido constituye una herramienta sumamente elástica en las manos del Juez de equidad, a la que recurre con frecuencia.

B) El fraude construido está reservado para las situaciones que importan una violación a un deber fiduciario o a la relación contractual “uberrimae fidei”, mientras que el fraude legal se establece para los casos en que ha habido una falsa manifestación desconociendo el autor su falsedad.

Los Tribunales de common law exigen la prueba de la existencia del fraude actual, mientras que las cortes de equidad brindan su amparo sin la prueba de tal existencia.

En los casos de fraude construido se presume asimismo que fueron los actos fraudulentos los que determinaron la conducta del deudor.

3.3.8 Los remedios de la equidad contra el fraude

Existe una gran flexibilidad de medios en sede de equidad en el derecho angloamericano para combatir el fraude. Tal amplitud de soluciones es una característica importante de la equidad.

Dentro de los remedios disponibles, existen algunos que se han consolidado en el tiempo y que pese a la flexibilidad del sistema de equidad, han adquirido una estabilidad que permite determinar la

presencia de remedios legales típicos a este sector del derecho angloamericano.

Entre dichos remedios destacan:

a. La rescisión (rescission): Consiste en la cancelación de un instrumento del cual resulta un perjuicio para una parte otorgante, negando totalmente efectos jurídicos a ese instrumento.

b. La reforma (reformation): Por medio del cual un instrumento otorgado es alterado en su contenido de la manera en que la corte entienda que debió haber sido redactado, de manera que exprese la real intención y los derechos correctos de las partes, es decir, el contrato se modifica, se reescribe conforme a lo que la corte entiende que la equidad exige.

c. El fideicomiso construido y judicial (constructive trust): Consiste en gravar un bien obtenido por medio de esta particular variante del fraude con un fideicomiso (trust), el cual en este especial caso adquiere la denominación de fideicomiso construido y judicial (constructive trust) a favor de la parte víctima de la defraudación, cuyo efecto reside en aplicar la normativa del fideicomiso a un bien transferido en dominio pleno y cuyo resultado final permite recuperar la propiedad de un bien a quien lo había transferido definitivamente.

d. Estoppel in pais: Mediante el cual se aplica la preclusión procesal y por ende, la imposibilidad de negar un hecho o un conjunto de hechos, cuando se ha creado la apariencia de ese hecho frente a los terceros.

3.3.9 Efectos del fraude en el Derecho Angloamericano

En general, el fraude es considerado como un vicio de la voluntad contractual, siguiendo el viejo aforismo latino “*fraus omnia vitiat*”.

No obstante, es regla de derecho aceptada en materia contractual en los Estados Unidos, que el consentimiento obtenido fraudulentamente resulta en un acto anulable y no nulo, dándose a esta distinción el sentido que sólo puede ser declarado inválido a instancia de parte. La opción entre la validez o la nulidad depende de la parte perjudicada.

Además, en el fraude construido se admite la separación entre lo que es nulo y lo que es válido, siendo posible mantener en pie el negocio sin perjuicio de declarar la nulidad de alguna cláusula o condición.

En materia de fraude, la competencia de los tribunales de equidad es muy amplia, la más amplia posible, toda vez que admite abarcar todas las formas y las ramificaciones que puede llegar a tener el fraude, sin embargo, los remedios no son ilimitados, sino que se hallan tipificados.

No existiendo un remedio adecuado en el common law, la corte de equidad se halla autorizada para la consecución de la justicia, pudiendo hasta obligar a las partes contractuales a “hacer lo que debe hacerse”, así como también a hacer aquello que las partes acordaron al celebrar el contrato.

Al establecer los remedios contra el fraude, las cortes de equidad no solamente van más allá de las reglas del common law, sino que incluso pueden establecer y de hecho establecen, soluciones contrarias a las del common law, habiéndose establecido como regla de equidad que ella



“debe obrar con astucia para evitar el fraude, aunque no existan precedentes aplicables al caso.”

3.3.10 La teoría del fraude en la Doctrina de la Penetración de la Personalidad Jurídica

La teoría del fraude se halla en la base misma de la construcción jurídica estadounidense de la penetración de la personalidad jurídica y es sobre ella que se edifica esa doctrina.

La idea de fraude en el Derecho Anglosajón es muy amplia y en ella se subsumen los conceptos de: Actos fraudulentos, la simulación y el dolo, conceptos que el derecho de origen romano distingue.

a) El fraude-simulación

La simulación aparece como fundamento de la aplicación del disregard en la gran mayoría de los fallos sobre este tema, en todas las jurisdicciones, tanto federales como estatales. Son varias las expresiones con las que aparece la simulación, pero quizás las más usadas son: Instrumentality, alter ego, identity y sham or shell corporations.

Normalmente, en la formulación de la doctrina del disregard, se utilizan tres variantes:

1. The instrumentality doctrine
2. The alter ego doctrine
3. The identity doctrine

Estas doctrinas no presentan una formulación diferente, sino que son esencialmente la misma y numerosos tribunales las utilizan indistintamente.

Pese a que en muchos casos la idea del fraude simulación se utiliza en forma conjunta con la noción de la “dependencia” o simple herramienta (“mere instrumentality”), pueden separarse los conceptos, determinando a la categoría de la simulación absoluta como fuente de gran cantidad de soluciones a los problemas derivados del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades.

La teoría del “alter ego” se utiliza en los casos en que entre los titulares del capital de una persona jurídica y ésta última exista tal unidad de intereses que las personalidades separadas de la sociedad y de sus socios ya no puedan admitirse, por lo que permitir la separación sería proteger al fraude.

El efecto de aplicar la doctrina del “alter ego” resulta en que el acto realizado por la sociedad se reputa realizado tanto por el socio como por la sociedad, por lo que las relaciones contractuales, obligacionales o los efectos de una sentencia condenatoria, le son extensibles. Esta es una doctrina de equidad, pese a que el sistema del common law la ha aceptado en algunos casos.

En la jurisprudencia norteamericana, estas doctrinas se formulan de la siguiente manera:

1. The instrumentality doctrine

Basada en las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos relativas a diversos intentos de eludir la aplicación de las leyes, la doctrina de la instrumentality fue formulada por Powell en 1931.

Requiere la concurrencia de tres factores:

- A. Excesivo control: El control se da sobre todo en las relaciones sociedad dominada-sociedad dominante en el ámbito de los grupos de sociedades. Los tribunales opinan que se da ese control cuando la sociedad dominante posee el cien por ciento de las acciones de la dominada y que, sin embargo, la existencia de directivos comunes no es suficiente para detectarlo, ya que debe ir unida a otros factores de la organización de la dominada para establecer la falta de independencia.
- B. Conducta fraudulenta e injusta: Se incluye en este concepto una serie muy amplia de actos, tales como haber utilizado a la sociedad para cometer fraude, eludir el cumplimiento de normas o de cualquier obligación legal o contravenir los derechos del demandante.
- C. Nexo causal: Es necesario un nexo causal entre el excesivo control y el daño infringido (unjust loss). Algunos tribunales han especificado que la insolvencia es el típico ejemplo de nexo causal en relación al daño, requerido como tercer factor, puesto que se presenta en casi todos los casos.

2. The alter ego doctrine

La doctrina del “alter ego” es otro medio para levantar el velo que se utiliza frecuentemente en los casos de extensión de la responsabilidad en los grupos de sociedades, en coordinación con su

variante, la “instrumentality doctrine” de la que es prácticamente indistinguible.

Según la “alter ego doctrine”, se debe levantar el velo cuando existe tal unidad de propiedad e interés entre dos sociedades pertenecientes al mismo grupo, que han dejado de ser personas jurídicas separadas, y la dominada ha sido relegada al status de alter ego de la dominante, de tal modo que el reconocimiento de ambas como personas jurídicas separadas llevaría necesariamente a permitir el fraude u otros resultados injustos.

3. The identity doctrine

Junto a las doctrinas de la “instrumentality” y del “alter ego”, existen referencias, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de la denominada “identity doctrine”. Esta expresión se adopta también a partir de los escritos de Powell, pero, sin embargo, alcanza menor difusión que las anteriores. Se refiere a algunos casos en los que existe una identidad común entre la sociedad dominante y la dominada.

Conforme con los principios en materia de fraude, la desestimación de la personalidad sólo puede ser declarada a pedido de parte, la que debe demostrar el perjuicio sufrido y en algunos casos se ha escogido la prueba de la mala fe, la cual, puede identificarse con el fraude.

La desestimación de la personalidad requiere en el derecho angloamericano una declaración jurisdiccional, por lo que no se ha aceptado que las reparticiones públicas administrativas prescindan de la personalidad jurídica por sí mismas.

A los fines de determinar la presencia del fraude “construido”, el derecho angloamericano se funda en la presencia de indicios, los que no pueden ser únicos, “la conclusión no puede fundarse en un solo factor, sino que debe involucrar a una serie de factores, a los que debe agregarse un elemento de injusticia.”

Los indicios que han sido considerados relevantes para estos supuestos son muy variados, dependiendo de los casos y de los tribunales que los juzguen; así mismo, en los Estados Unidos dependen del Estado donde se encuentra el Tribunal.

Los indicios que se dan comúnmente en todos ellos son:

- ✓ La existencia de una sociedad de un solo socio;
- ✓ La capitalización insuficiente de la sociedad para los fines a los cuales está dispuesta;
- ✓ La falta del cumplimiento de formalidades en la vida de la sociedad;
- ✓ La existencia de traspasos de fondos entre la sociedad y la persona dominante;
- ✓ La falta de vida social por ausencia de asambleas y reuniones;
- ✓ La ausencia de contabilidad;
- ✓ La falta de emisión de las acciones.

b) El fraude-dolo

En otros supuestos se utiliza la teoría del fraude de equidad para atacar supuestos de hecho distintos y que en el derecho continental europeo serían catalogados dentro del capítulo del dolo.

3.4 La doctrina de la “Agency”

El desarrollo de la doctrina del levantamiento del velo corporativo debe pasar necesariamente por la médula del derecho norteamericano, ya que es sobre esa solución jurisprudencial que se proyecta el peso total del sistema jurídico.

Así las cosas, es menester analizar las diferentes instituciones que contribuyen para lograr una solución determinada y en ese análisis se hace necesario individualizar uno a uno muchos de los aspectos básicos del common law, siendo una institución muy peculiar del common law, la “agency”.

Junto con el fraude, la doctrina de la “ Agency” constituye uno de los fundamentos de la doctrina anglosajona del disregard.

La traducción llana del concepto “ agency” es agencia, término que si bien resulta inapropiado, por cuanto tiene uso y significación técnica dentro del derecho continental europeo y latinoamericano, su aplicación es un tanto restringida al área del derecho comercial.

Es necesario puntualizar que la utilización de la voz “agencia” no se refiere al contrato de agencia del derecho continental latino, en ambos idiomas, el inglés y el castellano, la voz “Agencia” deriva del verbo latino “agere”, que significa actuar, base sobre la cual se han especializado los conceptos jurídicos actuales.

El autor argentino Juan M. Dobson ofrece una definición de la agencia, proporcionada por el “Restatement (second) of Agency” (1958)²⁴ “La relación fiduciaria que resulta de la manifestación del consentimiento de una persona

²⁴ Los “Restatements of the law” son publicados por el American Law Institute, una entidad privada formada por profesores, jueces y abogados constituida en 1930, con el fin de compilar las leyes. Existen así compilaciones sobre todas las ramas del derecho, en las que los fallos judiciales se explicitan en normas jurídicas al estilo de los códigos europeos. A pesar de no ser leyes, se los cita habitualmente en los fallos como si lo fueran.

hacia otra, para que ésta actúe en su interés y con sujeción a su control, y el consentimiento de la otra en actuar de esa manera.”²⁵

La agencia es una relación consensual fiduciaria entre una persona llamada agente, quien manifiesta su conformidad en actuar por y bajo la dirección o control de otro llamado principal.

Como indica Roscoe T. Steffen citado por Dobson “La Agencia en su sentido más lato es aquella infinitamente variada y extendida institución mediante la cual la mayoría de las cosas se hacen en el mundo libre. Uno puede emplear a otro para que realice su trabajo, venda sus bienes, adquiera propiedades por su cuenta, todo con el mismo efecto que si estuviera presente y actuando en persona”²⁶

La teoría de la “agencia” norteamericana excede al de la representación en el derecho latino, toda vez que abarca todos los actos mediante los cuales una persona encomienda a otra realizar determinada actividad, sea ésta material o física, consistente en actos jurídicos o no, incluyendo así dentro del concepto, entre otras ideas, la del desempeño de los empleados (relación laboral). También incluye la idea de los actos realizados por las sociedades que se desempeñan en beneficio de una persona, denominadas corporate officers.

La agencia es una relación que nace cuando una persona manifiesta su intención de realizar determinados actos por medio de otra y la otra persona consiente en así representarla. La relación no es necesariamente contractual, ya que para que exista, la agencia no requiere consentimiento, ni se requiere capacidad para contratar en los intervinientes.

La doctrina de la agencia ha servido en los Estados Unidos para justificar la responsabilidad civil del empleador por los hechos de su dependientes.

²⁵ Dobson, **Ob. Cit**; pág. 182

La “agencia” puede ser gratuita. No requiere capacidad contractual, ya que tanto los menores como los dementes pueden ser agentes, sin que por ello, adquieran capacidad para contratar, todo ello sin perjuicio de la capacidad específica que requieran para ejercer determinados tipos de agencia. Además se requiere que la agencia sea desempeñada en interés del principal y no en el propio.

3.4.1 La “Agency” en la Doctrina de la Penetración del Velo Corporativo

Junto al fraude, la doctrina de la “agencia” contribuye a formar los fundamentos de la teoría estadounidense de la desestimación de la personalidad jurídica.

El concepto de agencia es muy amplio, permitiendo incluir en él, instituciones como el mandato con representación y sin representación, el contrato de trabajo, los contratos de obra y servicios, la relación respecto de los órganos de las personas jurídicas, la comisión, la agencia comercial, las relaciones fiduciarias y las relaciones derivadas del uso de “prestanombres o testaferros”, haciendo así de esta versátil e imprecisa institución del derecho angloamericano también un eficaz instrumento en los procedimientos desestimatorios de la personalidad jurídica.

A su vez, la facilidad con que el derecho estadounidense admite las acciones directas del tercero contra el principal, oculto o no, marca una sustancial diferencia con el derecho de la mayoría de países latinoamericanos, que en este aspecto se muestran poco hábiles para

²⁶ **Ibid**, pág. 183

resolver las dificultades que plantean los problemas del abuso de la personalidad de las sociedades mercantiles.

En ese orden de ideas, estas dos pautas: La amplitud del concepto de la agencia y la amplia recepción de las acciones directas del tercero contra el principal, constituyen unas características que facilitan las acciones contra quienes han actuado escudados tras la fachada de una sociedad.

En materia de responsabilidad extracontractual, el principal responde por los actos del agente en aplicación del principio “respondeat superior”. En lo que se refiere a la responsabilidad contractual, en el caso de que el agente no haya dado a conocer la existencia de su principal en la celebración de un contrato, el tercero con quien contrató se halla autorizado para ejercitar una acción directa contra el principal, a pesar del hecho de ignorar su existencia al tiempo de concluir el contrato.

La alternativa que se concede al tercero contratante para demandar directamente, ya sea al agente, ya sea al principal cuando no se ha dado a conocer su existencia, se manifiesta particularmente apta para solucionar los problemas derivados del abuso de la personalidad de las personas jurídicas, sobre todo en el supuesto de grupos de sociedades.

La jurisprudencia norteamericana para aplicar la doctrina del “disregard of legal entity”, ha exigido, para que la responsabilidad alcance al principal oculto, tres requisitos:

- 1) Que el control ejercido sobre el agente, debe haber tenido lugar al momento en que se realizaron los actos que dan motivo al reclamo, de

manera que se hagan alcanzar los efectos de ese acto a la sociedad o persona principal.

- 2) Que los actos de control tengan una relación causal con los daños o perjuicios que motivan el reclamo.
- 3) Que exista un propósito fraudulento en la relación con los terceros.

Es en este último punto que existe algún problema de coherencia interna con el instituto de la agencia. Cuando un agente hace nacer relaciones jurídicas de las que resulta obligado su principal, el fundamento de la acción directa que el Derecho anglosajón concede al tercero que ha contratado con el agente, reside en la responsabilidad refleja del principal y no en el fraude. La buena o mala fe es una cuestión distinta, que puede estar presente o no en el caso, pero las relaciones entre el principal y el agente pueden ser resueltas en virtud de los principios de la agencia sin recurrir a los principios del fraude.

Sin embargo, la consideración de la sociedad como agente de un principal oculto (socio o socios) que responden de los actos realizados por la sociedad, nos llevaría a que la responsabilidad limitada de los socios cesaría de forma radical, habría una completa comunicación o trasvase de responsabilidad entre la sociedad y sus socios.

Es en esta última consideración donde se pone en contacto la teoría de la agencia con la del fraude, ya que se establece que es necesario probar la existencia de fraude para que pueda ser alcanzada la responsabilidad del principal. Por lo tanto, para acotar el campo de actuación de la agencia dentro de la esfera de las sociedades, el concepto es el fraude. El fraude capaz de hacer jugar a la agencia es

aquel que consiste en controlar y utilizar una sociedad más en beneficio propio que atendiendo a los intereses de la sociedad misma.

Sin embargo, como explica Dobson “Dado el lenguaje un tanto vago del derecho de equidad, el razonamiento jurídico importa algo menos que la solución justa, por lo que la doctrina de la desestimación (disregard) adquiere visos que no le son propios, pero sí característicos.

Para referirse al supuesto de la agencia, el derecho de equidad ha recurrido al uso de una serie de metáforas, como las relativas al “velo corporativo”, a la existencia de una sociedad que actúa como un “muñeco” (dummy corporation), de la existencia de un “escudo societario” (mere shield), de uso tan difundido que resulta inasequible la teoría de la desestimación de la personalidad norteamericana sin admitir su utilización. Con todas ellas lo que se quiere significar es que comprobada la relación de dependencia existe responsabilidad en el principal dominante, a pesar de que no exista una relación expresa de agencia entre ambas.”²⁷

3.5 Orígenes de la Doctrina del “disregard of the legal entity” en los Estados Unidos

La teoría de la personalidad jurídica, que considera a la sociedad como una persona separada, con sus propios derechos y obligaciones, distintos de los de los socios que la componen, presentaba muchas posibilidades de abuso, sobre todo cuando existía un control total de la sociedad por parte de una sola persona, física o jurídica. Ante este panorama, fue inevitable que junto al desarrollo del derecho referente a las personas jurídicas y de su esfuerzo por la

²⁷ **Ibid**, pág. 203



política de la responsabilidad limitada, los tribunales elaboraron una doctrina correctora para evitar las injustas consecuencias que, de otro modo, se hubieran producido por la aplicación inflexible de esta doctrina.

En los casos que principalmente hacían referencia a socios individuales que controlaban la sociedad, los tribunales fueron desarrollando una doctrina complementaria que actuaba como válvula de escape de la teoría de la personalidad jurídica. En circunstancias excepcionales, que suponían una situación de abuso de la forma societaria, los tribunales desconocieron la personalidad jurídica de la sociedad y el privilegio que acompañaba a ésta, la responsabilidad limitada y extendieron la responsabilidad al socio dominante por las deudas de la sociedad. Esto se denominó *disregard of the legal entity doctrine* o, según el nombre que en 1912 acuñó Wormser "*piercing the corporate veil.*"

"El primer caso del que se tiene constancia en que los tribunales formulan y aplican esta doctrina data de 1809 y se trata de "Bank of the United States vrs. Deveaux. El Tribunal Supremo de los EE UU, desde sus comienzos, había proclamado que una sociedad, reunión de varias personas, es invisible, inmortal y su existencia sólo descansa en su reconocimiento por la ley. Por lo tanto, si se trataba tan sólo de una entidad legal, intangible e invisible, no podía ser considerada como ciudadano de un Estado. La Constitución Federal, sin embargo, en su Artículo 3 sección 2ª, limita inter alia la jurisdicción de los tribunales federales a las controversias entre ciudadanos de diferentes estados. En 1809, en el caso señalado anteriormente, el Juez Marschall, con la finalidad de preservar la jurisdicción de los tribunales federales sobre las sociedades, se vio obligado a mirar más allá de la entidad "al carácter de las personas individuales que componían la sociedad". El Tribunal proclamó que "sustancial y esencialmente" las partes del proceso donde intervinieran sociedades eran los

socios, y si éstos ostentaban la ciudadanía de diversos Estados, los tribunales federales resultaban competentes para conocer la cuestión.”²⁸

A partir del caso descrito anteriormente, los casos en que se utiliza la doctrina del *disregard of the legal entity* empiezan a ser cada vez más frecuentes. Utilizando los poderes tradicionales de equidad, los tribunales abortaron los intentos de interponer la forma corporativa para eludir la ley o cometer fraude.

A lo largo del siglo XIX, sin embargo, esos casos se referían, en su inmensa mayoría, a sociedades controladas por un socio que era una persona física. No se veían involucrados los grupos de sociedades porque, en el contexto económico del pasado siglo, las sociedades carecían de capital suficiente para comprar acciones de otras sociedades. Los problemas con los grupos de sociedades vinieron más adelante, excepto en casos aislados concernientes a sociedades ferroviarias.

Sin embargo, la doctrina del *disregard of the legal entity* tenía también importantes limitaciones. En un principio su aplicación se restringió a los casos de fraude o ilegalidad, que eran los factores tradicionales que determinaban la intervención de un tribunal de equidad. Salvo estos casos, la aplicación de la teoría de la personalidad jurídica seguía dominando fuertemente. Esta situación dio lugar a que los tribunales siguieran aplicando dicho principio con rigidez aun cuando ello supusiera la creación de serios obstáculos para el cumplimiento de determinadas normas e incluso condujese a eludirlas por medio de la creación de sociedades para llevar a cabo la actividad por ellas prohibida.

Paulatinamente, se fue produciendo una quiebra del principio de personalidad jurídica separada de la sociedad en relación con los grupos de sociedades. Algunas de las primeras sentencias relativas al *disregard* se

²⁸ Boldó Roda, Carmen, **Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español**, pág. 145

referían a casos de sociedades con un único socio y en ellas los tribunales señalaban que la personalidad jurídica de la sociedad quedaba “suspendida” en tanto se mantuviera esa situación de unipersonalidad.

A partir de esos casos, los tribunales van perfilando, el fundamento jurídico de la doctrina del disregard, cuya doctrina original exigía una demostración de fraude actual o de ilegalidad para poder invocar la aplicación por vía de equidad del disregard of the legal entity, hasta que poco a poco ha desembocado en una construcción mucho más amplia en la que, basta una conducta errónea, contraria a la equidad o fundamentalmente injusta, para la aplicación de dicho “remedio” de equidad, aunque no se llegue a observar fraude actual o ilegalidad.

A partir de la I Guerra Mundial, el volumen de litigios relativos al abuso de la forma social y al disregard aumentó de tal modo que dio lugar a una numerosa literatura jurídica al respecto y a un tipo de jurisprudencia propia: La “piercing the veil jurisprudence”.

3.6 Caracteres generales de la doctrina

Normalmente, una corporación se considera como una persona separada, pero, sin embargo, esta “ficción” será desconocida y por lo tanto, alzado el velo de la personalidad jurídica en casos apropiados o especiales, cuando las circunstancias obliguen a ello, cuando la corporación ha sido creada con un propósito impropio, o en definitiva, cuando se ha abusado de la forma social. En estos casos, los tribunales levantarán el velo de la sociedad y juzgarán de conformidad con la sustancia y no con la forma, como si la corporación no existiera.

“El problema principal en toda la temática del levantamiento del velo también se plantea en el Derecho norteamericano: Se trata de cuándo debe respetarse la personalidad jurídica separada y cuando ésta debe desconocerse. Doctrinalmente se propone una regla, advirtiendo sin embargo de su generalidad: “Cuando el concepto de persona jurídica se emplea para defraudar a los acreedores, para eludir una obligación existente, burlar una norma, conseguir o perpetuar un monopolio o proteger la bellaquería y el crimen, los tribunales dejarán a un lado el velo de la entidad y contemplarán a la sociedad como una agrupación de socios, hombres y mujeres vivos, y harán justicia entre personales reales.”²⁹

Sin embargo, como puede apreciarse, nos encontramos con que no existe una fórmula precisa que nos permita predecir cuando los tribunales levantarán el velo; la decisión dependerá de las especiales circunstancias de cada caso y no descansará en un solo factor sino que serán tenidos en cuenta varios de ellos. Los tribunales han reconocido que la aplicación de la “piercing the veil jurisprudence” se realiza en cada caso concreto, valorando la totalidad de circunstancias que en él se presentan.

En conclusión, la “piercing the veil jurisprudence” se relaciona en principio con el grado en que han sido respetadas las formalidades sociales y particularmente, con la extensión y forma en la que el socio dominante ha ejercido el control. Si el tribunal llega a la conclusión de que existe confusión entre el patrimonio y los negocios del socio y de la sociedad, considerará que sólo existe una persona. En este caso, la sociedad subsidiaria o controlada se describiría con una de las muchas metáforas utilizadas: “Adjunt, agent, alter ego, conduit, department, instrumentality, puppet o tool” del socio y se decretará la responsabilidad del socio o sociedad dominante basada en la prueba de cualquier forma de conducta contraria a la equidad en detrimento de los acreedores.

²⁹ **Ibid**, pág. 151

Sin embargo, existen dos limitantes de carácter general que pueden establecerse en la aplicación de esta doctrina. Por una parte, debe ser utilizada por los tribunales de forma restringida. De este modo, se advierte que la posibilidad de levantar el velo debe ser ejercida con precaución y mesura y así no debe realizarse a la ligera en una sociedad que esté correctamente constituida.

Por otra parte, el segundo límite vendría establecido por la imposibilidad de que se levante el velo en beneficio de los propios accionistas de la sociedad. En general, las reglas relativas al piercing the veil que jurisprudencialmente han venido dictándose, lo han sido en beneficio de aquellos que confiaron en la existencia de la sociedad como una entidad jurídica separada, y por tanto dichas reglas no pueden ser alegadas por los mismos accionistas. De este modo, las entidades que deliberadamente han adoptado la forma societaria para conseguir las ventajas que ésta les proporciona, no pueden solicitar que se levante el velo y por tanto, se desconozca su existencia, cuando esta situación les sea beneficiosa. Así pues, los socios no pueden escoger cuándo debe respetarse la forma social y cuando ésta debe ser desatendida.

3.7 Casos en que se puede aplicar la doctrina

3.7.1 Falta de formalidades

A menudo los tribunales citan la falta de cumplimiento de las formalidades corporativas como una de las razones para levantar el velo. El concepto de formalidades sociales o corporativas es bastante laxo e incluye, en el Derecho norteamericano, cuestiones tan diversas como conservar registros sociales separados, emitir acciones y evitar la confusión de patrimonios. Estas formalidades deben seguirse para que se pueda considerar a la sociedad como una entidad independiente.

Para que el incumplimiento de las formalidades justifique el disregard, en primer lugar, el tribunal debe apreciar que la falta de observancia de una formalidad determinada ha perjudicado los intereses del demandante en un caso dado. Por ejemplo, la confusión de patrimonios puede afectar a la falta de recursos de la sociedad para satisfacer la reclamación del demandado.

Pocos tribunales, sin embargo, establecen la relación causa efecto entre la falta de cumplimiento de las formalidades societarias y el perjuicio del demandante. Normalmente, valorando la situación desde un punto de vista más general y partiendo de que se está produciendo una situación injusta, si el socio ha incumplido las formalidades societarias desconociendo la separación existente entre él y la sociedad, el tribunal actuará de igual forma, haciendo al socio responsable sin requerir la prueba de que es dicho incumplimiento el que ha causado el perjuicio del demandante.

3.7.2 Infracapitalización

Se refiere a la posibilidad que existe de postergar o subordinar unos créditos a otros en los procedimientos concursales, esta doctrina esta recogida a nivel legislativo, sin embargo, han sido los tribunales concursales los que, a través de sus fallos han ido perfilando sus alcances.

Los requisitos para la subordinación de créditos son los siguientes:

- a) Que el socio-acreedor haya llevado a cabo una conducta abusiva: En la práctica, los tribunales han restringido la subordinación de créditos a tres categorías de conductas: Fraude, ilegalidad o quiebra de los deberes de

confianza, infracapitalización y que el socio-acreedor use la sociedad deudora como un simple instrumento.

- b) Que se haya causado un perjuicio a los acreedores: La subordinación sólo debe otorgarse en la extensión necesaria como para poder reparar el perjuicio causado a los acreedores por la conducta abusiva.

3.7.3 Responsabilidad contractual y extracontractual

Uno de los problemas más significativos que presenta la doctrina del *piercing the veil* es la dificultad que frecuentemente se presenta en reconocer distinciones entre reclamaciones por responsabilidad contractual y extracontractual.

A) Responsabilidad extracontractual

Este tema está fuertemente vinculado al de la infracapitalización de la sociedad, en los casos más conocidos en relación a la extensión de la responsabilidad extracontractual como consecuencia de la aplicación de la doctrina del disregard, la cuestión estriba en si se puede permitir que la sociedad o sus accionistas esquiven el riesgo y la consiguiente responsabilidad de determinados actos negligentes utilizando la forma societaria con capital insuficiente, o sin suscribir los seguros necesarios para hacer frente a los riesgos previsibles.

La actitud de los tribunales hacia el levantamiento del velo en los casos de responsabilidad extracontractual es más flexible que en los casos de responsabilidad contractual, ya que la víctima de un acto negligente causado por una sociedad no ha elegido libremente el relacionarse con ésta. Lo

importante es que el tribunal pueda apreciar que la sociedad está infracapitalizada.

B) Responsabilidad contractual

Normalmente, en los casos relativos a la responsabilidad contractual, los tribunales americanos no se muestran tan preocupados por las víctimas, toda vez que los acreedores contractuales tienen libertad para escoger con quien realizan sus transacciones comerciales. El acreedor puede solicitar documentos contables para poder evaluar la situación financiera de la sociedad. Si la sociedad está infracapitalizada, el acreedor podrá exigir, como condición previa a la conclusión del negocio, que el socio o socios dominantes garanticen personalmente la operación.

Existen, no obstante, situaciones en las que los acreedores no pueden protegerse a sí mismos, aunque se trate de una relación contractual, cuando entre el socio y la sociedad se produce tal confusión que el acreedor no es consciente de que existe una sociedad involucrada en la transacción, el velo societario no debería ser utilizado por el socio para eludir su responsabilidad.

3.7.4 Los grupos de sociedades

Este caso se refiere a las teorías usadas más comúnmente por la jurisprudencia para justificar la extensión de la responsabilidad por actos de una sociedad subsidiaria a la sociedad dominante.

Como criterio general se reconoce la personalidad propia e independiente de la sociedad subsidiaria respecto a la sociedad dominante cuando:

- a. No existe confusión entre sus respectivas transacciones comerciales y contabilidad.

- b. Se cumplen correctamente las formalidades relativas a la sociedad subsidiaria.
- c. Cada sociedad está adecuadamente financiada como entidad separada en contemplación a las obligaciones que pueden surgir, teniendo en cuenta la actividad comercial y el tamaño y características de la sociedad.
- d. Las respectivas sociedades se presentan públicamente como entidades separadas.

Sin embargo, en circunstancias excepcionales, los tribunales pueden levantar el velo, haciendo a la sociedad dominante responsable de los actos de la subsidiaria, en estos casos el tribunal va a valorar la existencia o no de las dos circunstancias que decidirán el veil piercing: El incumplimiento de las formalidades y la injusticia.

El requisito del incumplimiento de las formalidades se manifiesta de varias formas, sin embargo, lo sustancial es el grado de control que la sociedad dominante ejerce sobre la subsidiaria y el grado de cumplimiento de las formalidades en esta última. El problema estriba en determinar bajo que circunstancias se puede decir que el control ejercido sobre la subsidiaria es tal que ésta se ha convertido en un mero instrumento de la dominante.

En ese sentido, se mencionan entre otros, los siguientes casos:

- a. La sociedad dominante posee la totalidad o la mayor parte del capital de la subsidiaria.
- b. La sociedad dominante y la dominada tienen los mismos administradores y gerentes.

- c. La sociedad dominante financia a la subsidiaria.
- d. La sociedad dominante ha suscrito todas las acciones de la subsidiaria o de otra forma es la responsable de llevar a cabo su constitución.
- e. La sociedad subsidiaria está fuertemente infracapitalizada.
- f. La sociedad dominante paga los salarios y otros gastos y pérdidas de la subsidiaria

En resumen, en los casos referentes a los grupos de sociedades, la cuestión definitiva del incumplimiento de las formalidades como requisito para el levantamiento del velo se centra en el grado abusivo de control alcanzado.

3.7.5 **Sociedades unipersonales**

En la mayoría de los Estados norteamericanos es necesaria la pluralidad de socios para la constitución de una corporación. Normalmente dicha pluralidad se concreta en la necesidad de tres socios como mínimo legal. Las únicas excepciones se presentan en el caso de las leyes de los Estados de Iowa y Michigan que admiten la constitución de una corporación con un solo socio.

Pero lo más habitual, al igual que sucede en el resto de ordenamientos que no admiten la unipersonalidad originaria, es que esa exigencia sea burlada mediante la intervención de testaferros o personas interpuestas en el momento de constitución de la sociedad, encontrándonos después ante una situación de unipersonalidad sobrevenida.

En los Estados Unidos de Norteamérica, la prueba de que el capital social se halla en manos de una sola persona no puede ser considerada como un factor para negar la responsabilidad limitada al socio único, aun cuando se demuestre que ha empleado meros testaferros para cumplir las disposiciones legales. Sin embargo, esta regla general se verá alterada en el caso de que se produzca una confusión de patrimonios y de esferas entre la particular del socio y de la sociedad.

Es el supuesto de que el accionista único utiliza los fondos sociales para fines propios de forma que los desvía de la consecución de la finalidad social a las que han de destinarse; o se produce una confusión de patrimonios tal que no puede distinguirse donde empiezan los derechos y obligaciones del socio y dónde los derechos y obligaciones de la sociedad. En estos casos, los tribunales podrán levantar el velo de la sociedad y extender la responsabilidad por las deudas de ésta a su único socio.

3.8 La doctrina del disregard en la legislación estatal y federal

Hasta aproximadamente 1980, las pautas de la jurisprudencia en los casos de levantamiento del velo, parecían dictadas con independencia del Estado en el que surgiese el caso en cuestión. Los tribunales encargados de resolver un asunto citaban con toda libertad sentencias recaídas en otras jurisdicciones si los diferentes estados eran más o menos liberales a la hora de imponer la responsabilidad del socio por las deudas sociales o tenían normas distintas al respecto.

A medida que los litigios sobre el levantamiento del velo van aumentando en número, han aparecido distintos criterios acerca de la imposición de responsabilidad a los socios, dependiendo del Estado donde se plantee el litigio. Algunos Estados parecen tener criterios más amplios que otros a la hora de establecer la responsabilidad personal del socio, la decisión acerca de

cuando levantar el velo varía de un Estado a otro. Tejas es el único Estado que ha limitado por vía legislativa la aplicación de la doctrina del *veil piercing*.

Los tribunales federales adoptan a menudo las normas estatales como regla de decisión cuando se presenta como una opción razonable y no existe una política federal en contra. La decisión es una cuestión de los jueces, que deben valorar la naturaleza de los intereses en conflicto así como el impacto que la utilización de una norma en particular tendrá sobre dichos intereses. Esencialmente la decisión requiere un balance que ayude a determinar si se pueden lograr mejor los intereses federales mediante la adopción de una regla federal uniforme o mediante la asunción como norma federal de las reglas estatales.

Con respecto a la primera posibilidad, en la aplicación de la reglas estatales sobre el *veil piercing*, los tribunales estatales, utilizan la combinación de dos elementos para ver si se puede utilizar dicha doctrina:

- a. Unidad de intereses y patrimonio entre el socio y la sociedad;
- b. Injusticia o falta de equidad en la relación entre el demandante y el socio.

CAPÍTULO IV

4 Antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo en el Derecho Comparado

4.1 La Doctrina del Levantamiento del Velo en el Derecho Español

4.1.1 Antecedentes

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

“En términos generales, tercero es quien no ha asumido el papel de parte en un determinado acto o contrato. La posición de tercero respecto de los efectos del acto o contrato en que no ha intervenido puede ser muy diversa. Si se trata de contratos destinados a producir efectos meramente obligacionales, la regla general es que el contrato no pueda afectar a quien no ha intervenido en él. Por el contrario, si el acto o contrato se propone crear un derecho real, el acto nace justamente para que pueda ser opuesto a terceros, salvo que el tercero pueda acogerse a una institución dotada de publicidad y creada específicamente para proteger la seguridad del tráfico jurídico (Registro Público).

La nulidad, rescisión o resolución de un contrato constituye a cada parte en la obligación de restituir lo que ha recibido como consecuencia del mismo. Pero dependiendo de la naturaleza de la acción y en su caso,

de que el acto o contrato se haya inscrito en un Registro que se rija por el principio de fe pública registral, la ineficacia del acto original puede arrastrar a la de los que traigan causa de él, de manera que el subadquirente de los bienes objeto del primer contrato (tercero respecto del mismo) se puede ver o no alcanzado por las consecuencias de esa ineficacia y en su caso puede perder lo adquirido.

Ante toda esta gama de posibles posturas en que puede encontrarse el tercero, el Tribunal Supremo se cuestionó, en esos primeros casos que frente a él se plantearon, si la sociedad, concebida como persona jurídica, puede ser considerada tercero respecto de actos, derechos o situaciones en que tal calificativo debiera, en principio, aplicarse a sus socios.

Del mismo modo se plantea el tema de la consideración del socio como tercero. La relativa sustantividad del grupo frente a sus miembros lleva implícita la posibilidad de que los socios traten con la sociedad como si fueran extraños. Nada impide, pues, que un socio compre (o adquiera bienes por otro título) a la sociedad y en tanto ésta se mantenga como grupo vivo y actuante, el socio será considerado como otro contratante cualquiera. La relación contractual se entablará normalmente y si el contrato es traslativo podrá hablarse de una verdadera transferencia de sociedad al socio. Este, en estos casos, quedará, por ejemplo, expuesto a la actuación de un retracto, si concurren los supuestos para que pueda ejercitarse un derecho de esta clase, y tendrá, efectivamente, la condición de "tercero". Podrá, por tanto, invocar la protección registral si reúne las condiciones necesarias para que le sea dispensada. Sin embargo, como quiera que la independencia del grupo respecto de sus miembros no es absoluta, no siempre el socio puede ser tratado como tercero extraño a la sociedad.

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

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

Esta doctrina fue mantenida por la sentencia de 8 de octubre de 1929, en un caso de una tercería ejercitada por una sociedad a la que el Tribunal Supremo le niega la condición de tercero por existir un contrato simulado y ser contrario a la buena fe. El Tribunal Supremo declaró en aquella ocasión:

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

exista a favor de dicha sociedad actora el dominio que pretende ostentar y que sirve de base a su demanda.”³⁰

En los años siguientes, el Tribunal Supremo Español siguió emitiendo varios fallos acorde a los citados anteriormente, en los cuales se refleja la conexión existente entre la doctrina de “disregard” y la doctrina de terceros, dejando de manifiesto la afinidad entre criterios de política jurídica que cada sistema ha desarrollado con su propio estilo en relación con situaciones de hechos coincidentes.

Es necesario destacar que en estos fallos, el Tribunal Supremo español se encuentra con la misma realidad que justifica el “disregard”, levanta o atraviesa el velo de la personalidad jurídica, de modo que aplica, sin decirlo explícitamente, la doctrina del levantamiento del velo al revelar la identidad de intereses entre los socios y la sociedad, constituyendo así mismo un precedente de la posterior aplicación de la doctrina de levantamiento del velo.

4.1.2 La formulación de la Doctrina del Levantamiento del Velo

De acuerdo con la autora Carmen Boldó, la formulación de la doctrina del levantamiento del velo en el Derecho Español, va a ser formulada como tal por el Tribunal Supremo ya en los años ochenta. La primera Sentencia en la que se alude a la posibilidad de “investigar el fondo real de la persona jurídica sin detenerse en la forma” es la del 8 de enero de 1980. Este fallo, aunque no la alude expresamente, constituye el precedente doctrinal del que arranca la luego más perfeccionada construcción jurisprudencial de la teoría del levantamiento del velo.

³⁰ **Ibid**, pág. 208

Sin embargo, es la sentencia del 28 de mayo de 1984 la que recoge el primer pronunciamiento íntegro de la doctrina del levantamiento del velo, el caso en cuestión se resume: Los daños cuya indemnización se reclamaba (deterioros de un grupo de apartamentos con la consiguiente imposibilidad de arrendarlos en temporada de verano) se produjeron como consecuencia de unas filtraciones de aguas limpias derivadas de una rotura en la red de abastecimiento de aguas del municipio de Palma de Mallorca; servicio municipal este que el Ayuntamiento tenía contratado con la sociedad anónima constituida a tal efecto “Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado (EMAYA)”. Las filtraciones y consiguientes perjuicios tuvieron lugar en junio de 1977. La empresa propietaria de los apartamentos “Uto Ibérica, s.a” previa reclamación administrativa de fecha 17 de abril de 1978, dedujo demanda de resarcimiento de daños contra el Ayuntamiento de Palma. Posteriormente, ante la alegación por parte del Ayuntamiento de falta de legitimación pasiva por tener EMAYA personalidad jurídica propia, “Uto Ibérica” dedujo idéntica demanda en contra de EMAYA, solicitada por la actora la acumulación de autos, el Juzgado no dio lugar a ella, pero sí la audiencia en apelación.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas pretensiones. La audiencia territorial, en cambio en sentencia de 14 de diciembre de 1981, tras confirmar la decisión del Juzgado en lo referente a la absolución del Ayuntamiento de Palma estimó la pretensión contra EMAYA, rechazando la excepción de prescripción alegada por esta entidad. Recurrió EMAYA, alegando que la reclamación administrativa del 17 de abril de 1978 no podía interrumpir el plazo de prescripción frente a ella, ya que tiene personalidad jurídica propia distinta del Ayuntamiento y no existía responsabilidad solidaria de ambos.

El tribunal supremo desestimó el recurso basándose en las siguientes razones:

“... que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución, se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás o contra intereses de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho, lo cual no significa –ya en el supuesto del recurso- que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en la sociedad anónima sujeta al derecho privado, sino solo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y constitutiva personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su personalidad ex contractu o aquilina, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, “quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes” y menos cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad, según la doctrina patria.

Que también en el ámbito del Derecho Administrativo, cuando se habla de los entes públicos o de gestión (*mutatis mutandis*), a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho Privado (sociedades anónimas por ejemplo), según se señala por autorizada doctrina, no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por ese Derecho de modo instrumental del uso de un procedimiento en el que la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, externamente regida por el Derecho Privado, pero en realidad –internamente- de la pertenencia de la Administración, tal como en el caso del recurso ocurre y se declara por la sentencia de instancia, en el que, según contrato, el Ayuntamiento es órgano de la Sociedad municipal y el Alcalde su presidente del Consejo, es decir con el poder, siquiera compartido, de gestión de la entidad, circunstancia más que suficiente para no considerar tercero o extraño al Ayuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada y, consecuentemente, bastante para llegar a la misma conclusión que la sentencia impugnada, es decir, que la interpelación hecha al Municipio vale para la sociedad como órgano integrante de ésta y que ésta ni puede ni debe pretender escapar de sus efectos..”

La autora Carmen Boldó Roda³¹ al analizar la sentencia anterior señala “...vamos a centrar ahora nuestra atención en la primera parte del considerando de esta sentencia, en él se recoge la formulación de la doctrina por nuestro Alto Tribunal y se repetirá literal e íntegramente en muchas sentencias posteriores. Contiene dicho considerando las instituciones de nuestro ordenamiento que sirven para justificar la aplicación de esta doctrina. Pero notemos que la referencia a dichas instituciones o principios jurídicos se realiza en bloque, como un *totum revolutum*, sin desarrollar ni justificar la aplicación de cada una de ellas. Podemos preguntarnos cuál es la razón de dicha enunciación conjunta y

³¹ **Ibid**, pág. 226

somera, ya que este modo de proceder del Tribunal Supremo tiene el inconveniente de que, al manejar distintas figuras (la equidad, el fraude de ley, el abuso de derecho...) que están pensadas para supuestos de hecho diferentes, provoca la contradicción de que a un mismo supuesto de hecho se aplican todas ellas, lo cual no es jurídicamente viable, puesto que cada figura jurídica tiene su propia entidad y para aplicar cada una de ellas se precisan requisitos diferentes. Puede ser que la forma de proceder del Tribunal Supremo responda, frente a la imposibilidad de encontrar en criterio rector que guíe la adecuada aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, a la necesidad de enunciar dicha doctrina de la forma más elástica posible, para que tengan cabida casos muy diferentes y produzca también efectos muy diversos.

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

4.1.3 Crítica doctrinal al Levantamiento del Velo

La doctrina española, al igual que sucede en el ámbito del derecho comparado, se halla dividida frente al tema del levantamiento del velo de la persona jurídica, siguiendo las tendencias a nivel internacional, existen en España dos sectores doctrinales que se orientan en las siguientes direcciones:

- a) El sector que sostiene la tesis según la cual la personalidad jurídica de la sociedad debe respetarse, en general, por ser un buen instrumento técnico del derecho patrimonial y sólo debe ser atravesada o ignorada para desvelar a quienes se ocultan tras ella, cuando a través de ella se intente cometer abuso de derecho o fraude de ley o eludir obligaciones contractuales. Desde esta postura se insiste en valorar la importancia de la seguridad jurídica para el tráfico.

- b) El que, por el contrario, partiendo de que la personalidad jurídica es una creación del lenguaje de los juristas, que han generalizado normas dictadas para resolver problemas concretos, afirma que la interposición de la personalidad jurídica, como ente separado de sus componentes personas físicas, sólo procede cuando aparezca justificada.

4.2 El Levantamiento del Velo Corporativo en el Derecho Argentino

4.2.1 Antecedentes legislativos

Los primeros antecedentes en esta materia son de carácter impositivo. El Decreto 6755/43 contempló el principio de realidad económica y societaria para evitar la evasión del impuesto a la transmisión gratuita de bienes a través de la constitución de sociedades.

También la ley impositiva 11683 introdujo el criterio de realidad económica en materia fiscal.

En el ámbito laboral, el principio de la penetración aparece establecido en materia anti-fraude a través de la ley 16593 cuyo Artículo segundo dice que el contrato por el cual una sociedad se obligue a la prestación de servicios o tareas típicas de una relación de trabajo por parte de sus

integrantes, a favor de un tercero, en forma permanente y exclusiva, será considerado contrato de trabajo por equipo y cada uno de sus integrantes, trabajador dependiente del tercero a quien hubiere prestado efectivamente los mismos.

El autor argentino Marcelo J. López Mesa ³² explica que se pueden clasificar, por lo menos, cinco familias de casos donde ha tenido aplicación la idea del levantamiento del velo societario en el Derecho Argentino, siendo éstos:

- A. Violación de la legítima hereditaria: Disposición de bienes por el causante en fraude de la legítima hereditaria o imposición de gravámenes a dichos bienes por largos períodos, es decir, este campo de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario se actualiza cuando se dan violaciones a los derechos de herederos legítimos.

Al respecto, los Tribunales argentinos han resuelto:

“Cuando quedan enfrentadas la sociedad mercantil –con todo lo que su régimen importa- y la protección de la vocación legitimaria, corresponde adoptar medidas que dentro de lo posible preserven el orden jurídico que las regula, haciendo prevalecer la intangibilidad de la legítima hereditaria, siempre que los elementos de convicción revelen prima facie que la invocación de la personalidad societaria puede afectar injustificadamente dicha intangibilidad.”

En otro caso, se dijo que “la ruptura de la igualdad de los herederos, resultante de la transferencia de la casi totalidad del patrimonio del causante a una sociedad de familia constituida con algunos de sus hijos, demuestra que se ha procedido con abuso, lo que autoriza a penetrar el

³² López Mesa, Marcelo J. **El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales**, pág. 132

velo de la personería y desconocerla para tomar sólo en consideración el sustrato humano y patrimonial que constituye la realidad enmascarada, siendo procedente la acción de colación deducida por los herederos no integrantes de la sociedad.”

- B. Afectación de derechos del cónyuge: Vulneración de los derechos del cónyuge al transferir indebidamente bienes a una sociedad constituida al sólo efecto de perjudicar a su cónyuge.

En relación a estos casos, los Tribunales argentinos han establecido valiosos precedentes, entre los que se pueden mencionar:

La Cámara Nacional en lo Civil declaró que “ La intervención solamente procede cuando los derechos patrimoniales de la mujer corren peligro de ser burlados por maniobras del marido, tendientes a ocultar, disminuir o hacer desaparecer bienes pertenecientes a la sociedad conyugal.”

Así mismo, la Cámara Civil de la Capital resolvió: “Es un hecho notorio la tendencia actual a valerse de las formas externas legales de las sociedades anónimas para encubrir, en realidad, el patrimonio de una persona o familia, desvirtuando así el alto propósito de bien público que la ley supone al autorizar su funcionamiento, creando de ese modo una serie de problemas, no sólo para el Estado, sino también en sus relaciones con terceros; hasta tanto la ley no contemple esa nueva situación, los Tribunales están obligados a tenerla en cuenta, siempre que se trate de amparar legítimos intereses.”

Ese mismo Tribunal resolvió que es procedente allanar la personalidad de una sociedad cuando ésta, por hechos o actos posteriores, queda concentrada en manos de una persona individual o de un grupo económico y éste lo emplea o abusa de esa personalidad, en

perjuicio de terceros o con una finalidad antifuncional. Se configura un abuso consistente en la disposición que realice un cónyuge de acciones gananciales a favor de la sociedad, que le pertenece casi íntegramente y cuyo directorio preside.

- C. Afectación de derechos de terceros: Insolvencia fraudulenta transfiriendo bienes a una sociedad anónima para evitar embargos o acciones resarcitorias.

Este es uno de los supuestos más frecuentes de utilización; los precedentes judiciales varían de temática, pero el abuso de la personalidad moral se encamina, en general, a la frustración de derechos de terceros.

El fenómeno de la inmovilización de un patrimonio para mantenerlo, en forma ficticia, resguardado de la acción de los acreedores ha generado un ramillete de decisiones judiciales, que han buscado resguardar los legítimos intereses de los acreedores y terceros.

Veamos a continuación algunos casos en que se ha intentado consumir un abuso:

- a) Se derrumbó una pared medianera y su propietario firmó un contrato con el dueño del inmueble perjudicado, comprometiéndose a realizar diversos trabajos, en vista de lo cual el damnificado renunció a la reclamación judicial de los daños. Con posterioridad, una sociedad cuyo capital social poseen en 5/6 partes el contratante que había renunciado a reclamar los perjuicios y su hijo solicita judicialmente el resarcimiento.
- b) Habiendo sido demandada una sociedad anónima con domicilio extranjero, para evitar que su patrimonio sea embargado la demandada

transfiere todos sus bienes a dos sociedades con domicilio argentino, recibiendo, a cambio, la totalidad del paquete accionario de ambas.

- c) Demandada una sociedad, y estando en pleno desarrollo la litis, la demandada se declara terminada y manifiesta que ha colocado sus libros y constancias obligatorias en depósito; intimada a presentarlos para la realización de una pericia, declara que se han perdido. Se acredita que bajo la forma de una sociedad en participación se ha perpetrado un fraude a las prescripciones de la ley 19, 724 (de prehorizontalidad), vendiendo unidades funcionales de un edificio de propiedad horizontal a construir.
 - d) Tres días después de su fecha de cesación de pago, una sociedad vende a otra empresa vinculada un inmueble de altísimo valor; se declara un precio de compra de menos de la mitad del real, y se hace constar en la escritura que una suma equivalente al setenta y cuatro por ciento del precio ya había sido abonada antes del acto de formalización. Para completar el cuadro, se debe decir que había identidad entre los componentes de ambas compañías, que en ambas se repetían los nombres y apellidos, domicilios y funcionarios. Más todavía, al absolver posiciones, los accionistas mayoritarios de la sociedad vendedora ignoraban detalles esenciales del negocio (ejemplo: Como se había instrumentalizado la operación, que precio se había pagado por el inmueble, etc.)
- D. Fraudes impositivos: Evasión impositiva, giro al exterior de royalties o participaciones a empresas vinculadas con la remitente.

En este tipo de casos, se pueden citar como muestra de precedentes jurisprudenciales, los siguientes:

- a) “La existencia de dos sociedades diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado pero unificadas económicamente, conduce al examen (...) del alcance del concepto de la realidad económica específicamente aceptado en las leyes impositivas nacionales (Artículos. 11 y 12, Ley 11, 683) (...) tal regulación normativa da preeminencia –para configurar la cabal intención del contribuyente- a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas que pueden ser inadecuadas o no responder a esa realidad económica.”
- b) El régimen de la personalidad jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad, ni de los derechos de terceros. Las técnicas manipuladas para cohibir el uso meramente instrumental de las formas societarias varían y adoptan diversos nombres, pero todas postulan en sustancia la consideración de la realidad económica y social y la supremacía del derecho objetivo.”
- E. Violación de prohibiciones: Presentación a licitaciones de quien se halla proscrito por sus malos antecedentes o para evitar la cartelización; competencia desleal en el mercado al amparo de una persona jurídica, etc.

Utilizar a la persona jurídica para burlar una prohibición importa una desnaturalización de sus fines lícitos, un ejercicio abusivo de su personalidad. Cuando por intermedio de una persona jurídica se posibilita la burla a una disposición legal, una obligación contractual, o se causa un perjuicio a terceros, hay abuso de la personalidad jurídica.

Finalmente llegamos a la consagración legislativa de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica. En el año 1983 la reforma de la Ley de Sociedades contempló el punto, modificando el Artículo 54 de ese



cuerpo normativo y adoptando la noción de inoponibilidad de la personalidad jurídica.

El Artículo 54 de la Ley de Sociedades quedó redactado así: “ El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Algunos autores señalan que con anterioridad a la reforma, la doctrina de la desestimación de la personalidad en sentido amplio fue admitida en el Derecho Argentino para la tutela tanto de intereses privados como del interés público, fundándose en los principios de la simulación ilícita, del abuso del derecho, la doctrina fiscal del conjunto económico, etc.

Para el maestro argentino Marcelo J. López Mesa, según surge de su texto, el Artículo 54 de la Ley de Sociedades establece que la actuación de la sociedad es causal de inoponibilidad en tres supuestos:

1. Si encubre la consecución de fines extrasocietarios;
2. Si constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe;
3. Si tiene por objeto frustrar derechos de terceros.

Con buen criterio, la normativa societaria no cae en casuismos innecesarios e inconvenientes y deja librada a la prudencia del Juez la apreciación de las causales de ineficacia, que establece con amplitud.

Los efectos de esa inoponibilidad son:

1. La imputación de las consecuencias y responsabilidades del acto inoponible al controlante real, sea ésta persona física o jurídica;
2. La desestimación de la separación entre la sociedad y su controlante, porque hay una sola persona real;
3. Los bienes de la sociedad se considerarán de titularidad del controlante;
4. Los terceros y aun los socios pueden invocar la inoponibilidad.

4.2.2 Antecedentes jurisprudenciales

De acuerdo al autor Marcelo J. López Mesa al hacer un repaso de los fallos de los tribunales argentinos surgen las siguientes líneas jurisprudenciales:

4.2.2.1 Efectos de la personalidad jurídica

- a) La personalidad no es atributo sustancial o una realidad prenormativa en las personas jurídicas, sino una función que sirve para realizar intereses humanos que la ley reconoce, con diferenciación de esa personalidad de la de cada uno de sus miembros. Esa distinción se habrá de mantener en tanto no exceda del marco de la normativa

privada en atención a sus fines o sea extraña a ellos, lo cual conduce a reputar ineficaz la forma societaria para satisfacer fines o intereses que excedan de aquellos que la disciplina normativa reconoce como legítimos. El principio general, entonces, es la vigencia y validez de la separación patrimonial y personal entre el ente y sus miembros y la plenitud de los derechos y facultades de la personalidad jurídica, principio que se aplica siempre y cuando la personalidad ideal no haya sido empleada para fines reprobables. Quien niega la personalidad jurídica es quien abusa de ella; quien lucha contra semejante desvirtuamiento afirma tal personalidad.

b) Si bien la ley admite, como uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades, la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes, principio que se debe mantener y respetar en tanto no sean violadas reglas superiores del ordenamiento jurídico que hagan aplicable el criterio de funcionalidad, ello no impide que se aplique la doctrina de la penetración de la persona jurídica cuando se advierte la utilización abusiva de tal ficción en perjuicio de los trabajadores.

c) La teoría de la penetración de la personalidad del ente societario autoriza a los jueces a desestimar la formalidad que implica la persona jurídica, para poner en evidencia su situación personal y patrimonial y la de las personas que la integran.

4.2.2 Abuso de la personalidad

a) Todas las ventajas propias de la sociedad moral pueden dar lugar al abuso, y se ha procurado remediar tal uso desviado mediante la posibilidad de prescindir o desestimar la estructura formal del ente societario para “penetrar” en su sustrato personal y patrimonial, a

efectos de poner de relieve los fines de los miembros cobijados tras la máscara de la persona jurídica. El régimen de la personalidad jurídica no puede ser utilizado en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de terceros. Las técnicas manipuladas para cohibir el uso meramente instrumental de la forma societaria varían y adoptan diversos nombres, pero todas postulan, en sustancia, la consideración de la realidad económica y social y la supremacía del derecho objetivo.

b) Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los cuales fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido, al otorgársele esa prerrogativa se debe descender el velo de su personalidad, para penetrar en la real esencia de su sustrato personal y patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara, debiendo ser entendido el recurso o la prescindencia, desestimación o redhibición de la personalidad como la determinación, en un caso concreto, de haber sido ultrapasado el límite dentro del cual ha de surtir efecto la aplicación de la normativa societaria y los efectos de una imputación diferencial, lo cual demuestra la plasticidad que tiene tal recurso, no necesariamente adscrito a supuestos de abuso de derecho, ni tampoco a casos de fraude u otros ilícitos. La propia desestimación de la personalidad jurídica de un ente es abarcadora de los conceptos de “maniobras fraudulentas” o “conducción temeraria”, toda vez que la persona jurídica se ve reducida a una simple figura estructural, a un mero recurso técnico para obtener objetivos privativos de la sociedad que la integraba; frente a este uso desviado de la personalidad jurídica, es posible desestimar la estructura formal del ente y “penetrar” en el sustrato personal y patrimonial de ella.

4.2.2.3 Desestimación de la personería o teoría de la penetración

a) Cuando la persona jurídica no se identifica con los hombres que hallan detrás de ella, su patrimonio tampoco puede ser equiparado con los derechos de participación del ente colectivo. La personalidad de las personas jurídicas es una función que sirve para realizar intereses humanos que la ley reconoce, diferenciando esa personalidad de la de cada uno de sus miembros. Pero tal diferenciación habrá de ser mantenida en tanto no exceda del marco de la normativa creada en atención a sus fines o sea extraña a ellos. Ello conduce a reputar ineficaz la forma societaria para satisfacer fines o intereses que excedan de aquellos que la disciplina normativa reconoce como legítimos. Para rasgar el velo de la personería de una sociedad existe la doctrina de la interposición fraudulenta de la persona, la cual consta de dos elementos. El fraude, como noción genérica, y la interposición de persona, como medio de consumarlo. Es decir, la formación de la sociedad es un medio de interponer un sujeto distinto –tercero- en una relación jurídica.

b) Para la extensión de efectos de una sentencia a un tercero se debe producir prueba acabada de la interdependencia entre el tercero no afectado por la sentencia y la persona efectivamente condenada, o de la identidad o dependencia de las personas físicas que componen ambas. La desestimación de la personería no puede ser dispuesta de oficio, ni ser hecha sobre la base de meros indicios, debiendo acreditar mediante prueba directa los presupuestos que tornan aplicable la doctrina. No obstante, cuando por las circunstancias del caso, o por la índole de los hechos, la prueba directa es imposible o extremadamente difícil, adquiere pleno valor probatorio la prueba presuncional. La

jurisprudencia ha considerado que hay una serie de posibilidades que permiten inferir la existencia de un conjunto económico, es decir, en que media la calidad de agente, adjunto, o alter ego, etc., de una empresa respecto de otra. Tales indicios son, entre otros, la valoración de la suficiencia o insuficiencia del capital de las subsidiarias, tomando como medida el capital de otras empresas competitivas normales; que haya un directorio común; que ambas tengan departamentos administrativos o comerciales comunes; que la contratación entre ambas haya sido preferentemente favorable a una de ellas; que un empleado, funcionario o director de la controlante haya intervenido casualmente en el contrato o en el acto antijurídico que motiva la acción; el tipo de negocio de cada una de ellas; que el comercio o el público en general consideraba a las dos una única empresa, y la posibilidad de error en la contraparte contractual en cuanto a la persona promitente.

4.2.2.4 Objeto de la desestimación de la personería

Partiendo de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica, se ha dicho que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el Juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. La desestimación de la personalidad o atribución de responsabilidad a personas en apariencia distintas tiene por exclusivo fundamento la comprobación del abuso del privilegio concedido en detrimento del orden público o de derechos de terceros.

4.2.2.5 Límites del principio

a) Se ha resuelto que aun cuando se admita por vía de hipótesis que dos sociedades están sometidas a una unidad de decisión o constituyen una unidad económica o un grupo de sociedades, éstos no son datos suficientes para prescindir de la autonomía jurídica de cada uno de los sujetos societarios implicados en las actuaciones, en tanto no se alegue y pruebe que se hayan instrumentado las formas jurídicas para perjudicar al demandante en sus derechos, pues lo adecuado es respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto ésta no sea probadamente el medio de violación de otras reglas jurídicas, ya que la desestimación de la personalidad o atribución de responsabilidad a personas en apariencia distintas, tiene por exclusivo fundamento la comprobación del abuso del privilegio concedido en detrimento del orden público o de derechos de terceros.

b) La aplicación de la doctrina no puede ser hecha sin munirse previamente de una gran dosis de prudencia, atento a que su aplicación indiscriminada, ligera y no mesurada puede llevar a prescindir de la estructura formal de las sociedades, o bien a desestimarla en supuestos en que ello no procede, con grave daño para el derecho, la certidumbre y la seguridad en las relaciones jurídicas. Ello así, porque cuando el derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye determinadas consecuencias jurídicas, el daño que resulta de no respetar aquellas –salvo en casos excepcionales- puede ser mayor que aquel que provenga del mal uso que de ellas se haga.

c) Los tribunales carecen, normalmente, de la facultad de prescindir de la forma de la persona jurídica y de las consecuencias que de ella resultan, excepto cuando han sido empleadas con fines reprobables,

por lo cual la desestimación de la persona jurídica debe quedar limitada a casos concretos y verdaderamente excepcionales, supuestos, entre otros, en los cuales se pone de manifiesto una apariencia engañosa y una simulación preconcebida y disimulada, en que la realidad disimulada puede consistir en las actividades de una persona, física o jurídica, que se oculta tras la sociedad ficticia.

4.2.2.6 Utilización excepcional de la herramienta

a) Las teorías de la penetración o desestimación de la personería jurídica permiten frenar y evitar el “abuso” sin resentir concepciones dogmáticas, constituyendo doctrinas de aplicación excepcional que deben ser aplicadas restrictivamente o con sumo cuidado, y que sólo procede utilizar cuando otras defensas o instituciones ordinarias no contemplen la cuestión o no eviten la producción del abuso. La teoría de la penetración de las sociedades es aplicable en los supuestos excepcionales en los cuales se abusa de la personalidad moral en perjuicio de terceros o de la ley, para así descorrer el velo de la sociedad y captar la realidad que se oculta tras ella, a fin de evitar el fraude. La teoría de la penetración de la personalidad del ente societario y la consiguiente facultad judicial para poner en evidencia la real situación personal y patrimonial de la sociedad deben ser utilizadas con suma cautela; en tales circunstancias, la sociedad sólo podrá ser penetrada cuando se haya desviado de los fines valiosos para cuya satisfacción fue creada, o bien cuando, sin ser utilizada con una finalidad objetivamente antijurídica, produzca consecuencias de esta última especie.

b) La desestimación de la forma de la persona jurídica debe quedar limitada a casos concretos, verdaderamente excepcionales, pues el

daño que resulta de no respetar las instituciones de derecho puede ser mayor que el que proviene del mal uso que de ellas se hace. Sin desconocer el fuerte contenido dogmático que tiene la teoría de la penetración de la personalidad jurídica, su ampliación no puede ser hecha sin munirse previamente de una gran dosis de prudencia, atento a que su aplicación indiscriminada, ligera y no mesurada, puede llevar a “prescindir” de la estructura formal de las sociedades, o bien a desestimarla en supuestos en que ello no procede, con grave daño para el derecho, la certidumbre y la seguridad en las relaciones jurídicas. También se ha juzgado que la desestimación de la personalidad societaria debe ser cuidadosamente utilizada, pues su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla. Por todo ello, numerosos fallos han dejado sentado el carácter excepcional y aplicable sólo en casos concretos de esta herramienta.

c) Pero, pese a lo anterior, también se ha juzgado que, “sin embargo, la excepcionalidad con que debe aplicarse la doctrina de la penetración, no puede convertirse en una valla artificial e insalvable que con apoyo de una deducción meramente maquinal, impropia de la función judicial, impida en la práctica la adecuada aplicación de esa doctrina y presdindiendo de la realidad conduzca a un fin no querido por el ordenamiento jurídico.

4.2.2.7 Abuso de la personalidad y buena fe

Cuando mediante la creación de una sociedad anónima se persigue eludir el cumplimiento de una pronunciamiento judicial, se configura un abuso de esa forma para obtener una finalidad contraria al ordenamiento jurídico general; es claro, entonces, que invocado ese abuso concurren teóricamente las condiciones que hacen aplicable la



doctrina de la penetración de la personalidad y por ende, corresponde examinar si se han acreditado efectivamente los hechos que autorizan a penetrar en el sustrato personal y patrimonial de la persona jurídica, a los fines previstos y con las consecuencias indicadas.

CAPÍTULO V

5. El abuso de la personalidad jurídica en Guatemala

5.2 Riesgos del acreedor quirografario

Al comenzar el análisis de este tema en nuestro ordenamiento jurídico, se hace necesario aclarar, que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica puede ser aplicada en diversos ámbitos del derecho, cabe mencionar en Derecho Laboral, Derecho de Familia, Derecho Fiscal, Derecho Penal, etc. Sin embargo, en este trabajo únicamente se tratará la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad anónima, como una herramienta legal para contrarrestar actos realizados en fraude a la ley o fraude de acreedores en el ámbito civil y mercantil.

Para entender cuando se presenta un caso en el que una sociedad anónima sea utilizada con fines fraudulentos en el ámbito civil y mercantil, es necesario partir de un concepto que nos introduce en este tema, siendo éste el de *acreedor quirografario*, el acreedor quirografario es “aquel que no tiene asegurado su crédito con una garantía real sobre un bien específico del deudor o de un tercero”, quien se enfrenta a menudo con serias dificultades para hacer valer sus derechos ante un deudor que se resista a cumplir sus obligaciones y que maniobre para evitar la ejecución forzada. Como sabemos, la garantía de pago que posee el acreedor quirografario es globalmente el patrimonio del deudor la llamada prenda general sobre el patrimonio del deudor.³³

El Artículo 1329 del Código Civil establece “La obligación personal queda garantizada con los bienes enajenables que posea el

³³ Bejarano Sánchez, Manuel, **Obligaciones civiles**, pág.271

deudor en el momento de exigirse su cumplimiento.” Como explica el maestro Bejarano Sánchez, mientras el acreedor con garantía real (prenda o hipoteca), provisto de los derechos de persecución y de preferencia inherentes al derecho real, puede obtener el pago seguro de la deuda con cargo al valor de los bienes dados en garantía, los que puede perseguir en manos de quien se encuentren, rematar y cobrar preferentemente del precio que por ellos se obtenga, el simple acreedor quirografario es sumamente vulnerable a las maquinaciones y subterfugios de un deudor irresponsable y doloso.

Existe una gama de medidas ilegítimas que puede realizar el deudor para evitar el cumplimiento forzado de sus obligaciones, sería imposible enumerar a cabalidad todas las situaciones que podrían presentarse, estas variarían según la habilidad e ingenio del deudor para maquinar y elucubrar salidas, que en su mayoría tienen apariencia de legales, sin embargo constituyen verdaderos fraudes.

El maestro mexicano Bejarano Sánchez, enumera de manera general, algunas de estas situaciones, a saber:

- a) Concertar actos jurídicos reales de enajenación de bienes o de renuncia de derechos que tiendan a disminuir su patrimonio o a sustituir cosas que son localizables y embargables con facilidad, por otras que puedan ser disimuladas u ocultadas;
- b) Realizar actos jurídicos ficticios en connivencia con un tercero, con el propósito de aparentar insolvencia.

Contra tales medidas nuestro ordenamiento jurídico, regula ciertas instituciones, que el acreedor puede utilizar para hacer valer sus derechos frente al deudor, las cuales, si bien es cierto, presentan

ciertas dificultades procesales, pueden servir al acreedor para fundar sus reclamos contra los actos fraudulentos del deudor, siendo estas:

a) La *acción revocatoria* (acción pauliana)

La acción revocatoria se puede definir como “la facultad que el ordenamiento jurídico concede a todo acreedor para proceder por derecho propio a impugnar los actos válidamente celebrados por el deudor que, por su carácter fraudulento, produzcan un perjuicio y éste no pueda cobrar de otro modo lo que se le deba.”³⁴

En nuestro ordenamiento jurídico, la acción revocatoria se encuentra regulada en el Artículo 1290 del Código Civil, el cual establece “Todo acreedor puede pedir la revocación de los negocios celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos...”

a) La *acción declarativa de simulación*

El maestro Francisco Ferrara explica que negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de cómo aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: El negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto. Ese negocio, pues, está destinado a provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando en verdad, o no se realizó o se realizó otro negocio diferente del expresado en el contrato.

³⁴ Lalaguna Domínguez citado por Aguilar Guerra, Vladimir, **El negocio jurídico**, pág. 489.

Así mismo, Ferrara define a la simulación como “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.”³⁵

Esta figura se encuentra regulada en el Artículo 1284 del Código Civil, el cual establece: “La simulación tiene lugar: 1º Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza; 2º Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas; y 3º Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas.”

c) La declaración de contrato en fraude de ley

El segundo párrafo del Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, establece “... *Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*”

El doctor Vladimir Aguilar al explicar esta figura expresa: “El contrato en fraude de ley se caracteriza porque la norma que le sirve de base legal no es la que lo afecta, sino otra norma prohibitiva del mismo ordenamiento jurídico. De lo dicho se desprende que en el fraude a la ley concurre siempre un acto que se acoge a la

³⁵ Ferrara, Francisco **La simulación de los negocios jurídicos**, pág. 56

protección de una norma que está dada para una determinada finalidad, y que el autor de aquel pone al servicio de otra diferente, evitando así la aplicación de la norma defraudada que, bien por interpretación conjunta y sistemática con otros preceptos de ordenamiento o por su extensión a aquel supuesto por fuerza de la analogía (legis o iuris), ha de regir. La peculiaridad de la figura reside en la cobertura legal del acto, que hay que destruir.”³⁶

d) La aplicación de la doctrina del abuso del derecho

Esta doctrina, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra recogida básicamente en el Artículo 1653 del Código Civil, el cual establece: “ *El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños y perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos.*” En el caso del abuso del derecho mediante la utilización de la forma jurídica societaria, se podría utilizar la teoría general del abuso del derecho, ante la falta de un remedio específico. De manera más restringida estipula el Artículo 465 del Código Civil “El propietario, en ejercicio de su derecho, no puede realizar actos que causen perjuicio a otras personas...” Esta última norma se refiere específicamente al derecho de propiedad. Si bien el abuso del derecho puede ser el punto de partida de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, ésta se torna insuficiente para justificar los alcances de la aplicación de dicha teoría.

Si bien es cierto, los jueces podrían conocer el sustrato legal que rige la cuestión denominada penetración de la persona jurídica a través de los principios que rechazan el abuso del derecho y en casos particulares mediante el empleo de las acciones de simulación y fraude,

³⁶ Aguilar Guerra, Vladimir, **El negocio jurídico**, pág. 170

la posibilidad de desestimar o allanar la personalidad jurídica de una sociedad utilizando dichas vías para lograrlo, como objeto de la acción, las mismas resultan insuficientes, hace falta determinar las situaciones de hecho que hacen posible tal resultado.

El problema que en este trabajo se plantea, surge cuando el deudor para la realización de los actos fraudulentos, involucra sociedades anónimas, las cuales son utilizadas para ocultar su patrimonio y en la mayoría de las veces están conformadas por el mismo deudor, sus familiares o mediante la utilización de “testaferros” o “presta-nombres”. En estos casos, la personalidad jurídica de la sociedad anónima es utilizada como un instrumento atractivo para la comisión de fraudes y abusos a los derechos de terceros, pues los socios que han constituido la sociedad se sirven de la persona jurídica para ocultar su identidad, su patrimonio e incluso su propia responsabilidad, abusando así de la personalidad jurídica de la sociedad anónima.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco no existe actualmente una regulación específica, que permita la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad mercantil para alcanzar a quienes se esconden detrás de ella y dar remedio a esta injusticia derivada del uso abusivo de la forma social.

Si bien es cierto, existen normas y principios de derecho común que sancionan los actos cometidos en fraude a la ley, el abuso de los derechos o la simulación de los actos, los cuales pueden constituirse en un momento dado, en herramientas legales subsidiarias para exigir judicialmente el levantamiento del velo corporativo de la sociedad anónima y responsabilizar así directamente a quienes cometieron abuso por su conducto, dichos remedios legales no son los más

adecuados y propicios, toda vez que los Tribunales carecen de un apropiado y específico tratamiento jurisprudencial, legal y doctrinario del tema.

5.2 La utilización abusiva de la sociedad anónima

El Artículo 14 del Código de Comercio de Guatemala establece: “Personalidad jurídica: La Sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados...”

Por su parte, el Artículo 86 del citado Código de Comercio de Guatemala, regulando específicamente la sociedad anónima estipula: “Sociedad Anónima: Sociedad Anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito.”

De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico deja claro que en Guatemala se reconoce a la sociedad como un persona jurídica, con personalidad jurídica propia, que puede adquirir por sí misma derechos y obligaciones, quedando los socios excluidos de las obligaciones de la sociedad, toda vez que ésta responde por sí misma de sus responsabilidades.

Como explica el Doctor Vladimir Aguilar “La personalidad jurídica es la técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas mediante el reconocimiento por el ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos así como de obligaciones. Significa el

reconocimiento de *principio de separación* entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios.”³⁷

Como hemos manifestado anteriormente en este trabajo, la importancia de la sociedad anónima en el mundo actual es innegable, ya que constituye un instrumento propicio y atractivo para mover la maquinaria económica casi a nivel mundial, sin embargo, a la par de reconocer su importancia y bondades, es imposible negar que también el hombre la ha utilizado en forma abusiva, lo que ha llevado a una verdadera crisis del concepto de la persona jurídica y de los abusos del mismo, toda vez que el mismo se ha reducido a un mero recurso técnico, cuya utilización se presta para unos objetivos que no son los propios de la realidad social para la que nació dicha figura, sino otros muy distintos privativos de los individuos que la integran . Los socios podrán valerse de la sociedad para eludir el cumplimiento de las leyes, para desligarse de las obligaciones contraídas con terceros y, en general, para defraudar los intereses de éstos. La posibilidad de jugar al mismo tiempo con la propia personalidad (la del socio) y la de la sociedad abre un horizonte ilimitado a toda clase de abusos.

Tal y como escribió el jurista argentino, el profesor Julio Dassen³⁸ “es frecuente comprobar que personas humanas acerca de cuya inmensa fortuna nadie duda, no tienen a su nombre el automóvil que usan diariamente, ni siquiera acaso, su reloj pulsera. Una sociedad anónima es la dueña aparente de todos los bienes. Y de ese modo se burla a los acreedores, a la esposa que pide alimentos, o la liquidación de la sociedad conyugal.”

³⁷ **Ibid**, pág. 7

³⁸ Julio Dassen citado por López Mesa, Marcelo J. **El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales**, pág. 101



Y en este punto es donde el presente trabajo, pretende traer a la reflexión de la necesidad de establecer parámetros en el uso de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, es el día a día de los acreedores quirografarios, principalmente instituciones dedicadas al otorgamiento de créditos, entre las que cabe destacar las entidades bancarias y financieras, que después de un somero estudio de la situación económica de las personas individuales y teniendo la certeza que poseen un patrimonio considerable con el cual responder ante cualquier eventualidad, otorgan créditos fiduciarios, sin contar con garantías reales que garanticen el pago efectivo de las sumas adeudadas.

Y he ahí que actualmente abundan los individuos con intenciones fraudulentas, que al tener en el bolsillo el dinero proveniente de los créditos recibidos, recurren a sutiles maniobras para evadir el cumplimiento de sus obligaciones, entre estas, la que nos interesa analizar, es la utilización de sociedades anónimas para ocultar su patrimonio personal.

Las sociedades anónimas generalmente han sido constituidas previo al otorgamiento de los créditos, o en algunos casos con posterioridad, están conformadas en su mayoría por el mismo deudor con sus familiares, o mediante el uso de los llamados “testaferros” o “prestanombres” y con el agravante de que en la mayoría de los casos son sociedades infracapitalizadas, que han sido constituidas con el capital pagado mínimo que establece la ley.

El deudor aporta todos sus bienes a la sociedad y se queda en lo personal en estado de insolvencia para responder ante sus acreedores y cuando éstos últimos pretenden ejecutar los créditos, se encuentran

con que el deudor no posee bienes a su nombre que puedan ser objeto de embargo.

En realidad, el deudor sigue percibiendo los frutos y beneficios que los bienes producen, formalmente los bienes figuran a nombre de la sociedad, pero en la realidad es el deudor quien tiene el control y disponibilidad de los mismos, sin embargo, el acreedor se encuentra atado de manos para proceder en contra de la sociedad anónima, que es un tercero, a quien es imposible perseguir por las obligaciones de sus socios.

Podría pensarse, en un momento determinado que el acreedor puede utilizar algunas herramientas legales que ofrece nuestro ordenamiento, entre las que se han mencionado:

- a) Acción Revocatoria, sin embargo, esta prescribe en un año, lo cual reduce el campo de acción del acreedor, ya que si entera de la realización del negocio jurídico después del plazo de prescripción, su acción no puede prosperar. Además el acreedor puede ejercer la acción revocatoria si reúne los siguientes requisitos:
 - Que el acto impugnado le cause perjuicio y ventaja para un tercero, perjuicio que consiste en la disminución de su garantía patrimonial hasta el punto de provocar la insatisfacción del acreedor.
 - Que haya sido hecho en fraude de sus intereses, lo que ocurrirá cuando el deudor actúe con el propósito de defraudar a sus acreedores, es decir, con el propósito de que no puedan cobrar lo que se les debe. Pero la prueba de la intención de perjudicar es muy difícil por su carácter íntimo. En realidad ocurre que este presupuesto se objetiviza y

normalmente el fraude se detecta probando la situación de insolvencia en que se ha colocado.

- Que el crédito que motiva la acción sea anterior al acto que se pretende revocar. Además, si la enajenación se hubiere hecho a título oneroso debe comprobar el reclamante la complicidad o mala fe del tercero adquirente.

- b) La acción declarativa de simulación, con la cual se podría atacar el negocio jurídico realizado por el deudor para ocultar su patrimonio, sin embargo, esta acción, tiene el inconveniente que es muy difícil de probar dentro de un juicio, las intenciones del deudor en la celebración del negocio, toda vez que éstas caen en el campo meramente subjetivo. Al respecto, el Doctor Vladimir Aguilar Guerra explica “ Nada resulta más difícil de probar que la simulación, en la que todo se ha preparado para la ocultación, borrando las huellas de su existencia y creando apariencias engañosas, confeccionadas por especialistas en tales artificios.”

- c) La declaración de Contrato en Fraude de Ley, la cual constituye una compleja figura, regulada en forma muy general en un solo Artículo en la Ley del Organismo Judicial, sin embargo, como explica el Doctor Vladimir Aguilar, el fin último de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de las leyes, no la represión del concierto o intención maliciosa.

Sin embargo, el allanamiento de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, va más allá de lo que se puede conseguir con la aplicación de las figuras anteriores, la aplicación de dicha doctrina permitiría a los jueces investigar la realidad subyacente a las formas jurídicas adoptadas, señalando la responsabilidad y titularidad de las

personas que componen un grupo societario y conformando un patrimonio del grupo distinto del ostensible.

Pero para poder aplicar esta figura en Guatemala, se hace necesario que se introduzcan algunas reformas en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el actual Código de Comercio, contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, dichas reformas tendrían que partir de la concepción de la persona jurídica en nuestra legislación, e incluir necesariamente normas que permitan a los Jueces responsabilizar personal y directamente a los socios o accionistas por los perjuicios causados por una sociedad, cuya actuación encubra fines fraudulentos o constituya un recurso para burlar la buena fe y frustrar derechos de terceros.

Así mismo, para evitar una aplicación indiscriminada y ligera de la doctrina, que puede llevar a prescindir de la estructura formal de las sociedades, o bien a desestimarla en supuestos en que ello no procede, con grave daño para el derecho, la certidumbre y la seguridad en las relaciones jurídicas, es necesario establecer y enumerar los casos de procedencia, de manera que no se trate de una facultad discrecional del Juez, sino de una facultad sujeta a reglas y nunca se debe perder de vista que la herramienta del levantamiento del velo es una excepción y no la regla.

5.3 Proyecto de ley de la desestimación de la personalidad jurídica societaria

A continuación se incluye un Proyecto de Ley que contemple la regulación de la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.



Aunque será necesario introducir algunas reformas en el Código de Comercio de Guatemala, contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, la presente ley incluiría todo el sustento de la implementación de la nueva figura.

El Congreso de la República de Guatemala,

Considerando:

Que actualmente se presenta una considerable cantidad de casos, en los cuales la personalidad jurídica de que están dotadas las personas jurídicas, es utilizada en forma abusiva. Uno de los campos donde más claramente se ha manifestado dicho “abuso” ha sido el relativo a la utilización de la figura de la Sociedad Anónima para aprovechar las ventajas de la limitación de la responsabilidad. Frente a esa situación es necesario establecer los mecanismos legales que permitan a los juzgadores prescindir de forma externa de la persona jurídica, para que penetrando a través de ella, se pueda alcanzar a las personas individuales que se amparan bajo su cobertura.

Por tanto

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala

Decreta

La siguiente:

Ley de desestimación de la personalidad jurídica societaria

Capítulo i

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto de la Ley: La presente ley tiene por objeto establecer los supuestos normativos necesarios para que los Tribunales competentes puedan desestimar la personalidad jurídica de las personas jurídicas determinadas en este capítulo, así como regular el procedimiento a seguir y las consecuencias jurídicas derivadas de dicha desestimación. Sus disposiciones son de naturaleza imperativa y de observancia general en el territorio nacional.

Artículo 2. Para efectos de esta ley, se entiende por persona jurídica a toda entidad a la cual, las leyes le reconozcan personalidad jurídica independiente a la de sus integrantes.

Artículo 3. Las entidades que sin tener reconocida por las leyes, personalidad jurídica independiente a la de sus integrantes, se exterioricen como tales, quedarán sujetas a lo dispuesto por esta ley.

Artículo 4. Quedarán excluidas del ámbito de aplicación de esta ley, el Estado, las municipalidades y todas las entidades de Derecho Público creadas o reconocidas por la ley.

Artículo 5. Serán Tribunales competentes para la aplicación de esta ley, los jueces jurisdiccionales de Primera Instancia del Ramo Civil.

Artículo 6. Serán supletorios a esta ley, el Código Procesal Civil y Mercantil y el Código de Comercio de Guatemala.

Capítulo ii

Desestimación de la personalidad jurídica

Artículo 7. Por desestimación de la personalidad jurídica se entenderá la resolución de un Juez jurisdiccional por la que se extiende la responsabilidad civil de las personas jurídicas a sus integrantes o a terceros, en los supuestos normativos establecidos por esta ley.

Artículo 8. Los Tribunales respetarán la personalidad jurídica de las personas jurídicas y sólo podrán desestimarla cuando se agoten los supuestos normativos previstos por esta ley. La desestimación de la personalidad jurídica se tramitará como un procedimiento extraordinario y subsidiario a las disposiciones legales relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas y de sus integrantes, atendiendo a la naturaleza de cada una de aquellas.

Capítulo iii

Elementos para desestimar la personalidad jurídica

Artículo 9. Las autoridades desestimarán la personalidad jurídica de las personas jurídicas únicamente cuando se acrediten de modo conjunto, los elementos objetivo, subjetivo y resultante que en esta ley se disponen.

Artículo 10. Se considera elemento objetivo, al control efectivo por parte de uno o más de los integrantes de la persona jurídica o por terceros a ésta, que impongan en ella una influencia dominante.

Artículo 11. Por integrante de la persona jurídica se entenderá la persona física o moral que sea socio, accionista, representante legal o

de cualquier forma participante en la asamblea, que se reconozca por la legislación aplicable, como el órgano máximo decisorio de la persona moral. Por tercero se entenderá la persona física o moral distinta a la anterior, que tenga una influencia dominante en la persona jurídica.

Artículo 12. El elemento objetivo se acreditará cuando exista un control absoluto de la sociedad por parte de los integrantes o terceros señalados en el artículo precedente, a un nivel tal, que la voluntad de la persona jurídica sea en realidad la voluntad de dichos integrantes o terceros.

Artículo 13. Los jueces jurisdiccionales deberán valorar las presunciones que permitan inferir la existencia del control absoluto, Serán presunciones de control absoluto:

- I. La toma de decisiones estratégicas de la persona jurídica por parte del integrante o el tercero.
- II. La dirección de las finanzas de la persona jurídica por parte del integrante o tercero.
- III. La concentración de pasivos en la persona jurídica con relación a otras personas jurídicas relacionadas a aquella y existentes dentro de un mismo conglomerado de empresas, determinada por el integrante o el tercero.
- IV. La titularidad de la mayoría del capital social de la persona jurídica por parte del integrante o incluso del tercero, por los mecanismos que esto fuere.

- V. La identidad de miembros del órgano de administración de la persona jurídica respecto al del integrante o el tercero.
- VI. La concentración mayoritaria de negocios entre la persona jurídica y el integrante o el tercero.
- VII. La existencia mayoritaria de activos de la persona jurídica por transmisión del integrante o el tercero.
- VIII. La utilización del patrimonio de la persona jurídica como si fuese el propio del integrante o el tercero
- IX. Toda aquella que coadyuve al esclarecimiento del control absoluto de la persona jurídica por parte del integrante o el tercero.

Artículo 14. El elemento subjetivo se acreditará cuando el Juez considere suficientemente probado que, la conducta del integrante o tercero se ha orientado a abusar de la personalidad jurídica independiente de la persona jurídica en fraude de acreedores, en fraude de ley o en general, para violar normas imperativas mediante la utilización de aquella.

Artículo 15. El elemento resultante se acreditará cuando la autoridad considere suficientemente probado que, de no desestimar la personalidad jurídica de la persona jurídica y extender de modo subsidiario e ilimitado la responsabilidad civil de ésta hacia el integrante o tercero, ocurrirán daños y perjuicios en contra un tercero de buena fe, se producirán fraudes de ley o en general, se generarán violaciones a normas imperativas mediante la utilización de la persona jurídica.

Artículo 16. El que por la naturaleza del asunto no sea procedente la extensión de la responsabilidad civil al integrante o tercero, no será obstáculo para considerar suficientemente probado el elemento resultante. Las consecuencias de la desestimación en este supuesto se seguirán de conformidad con el artículo 22 de esta ley.

Artículo 17. Por fraude de ley se entenderá la elusión de una norma imperativa o del propósito teleológico de la legislación aplicable, mediante la utilización abusiva de la persona jurídica, para generar un provecho en el integrante o tercero.

Artículo 18. Los Jueces deberán valorar las presunciones que permitan inferir la existencia del fraude de ley. Serán presunciones de fraude de ley:

- I. Las maquinaciones estratégicamente organizadas, mediante las cuales, se eluda una norma imperativa a través de la utilización de la personalidad jurídica independiente de la persona jurídica.
- II. Las maquinaciones estratégicamente organizadas, a través de la utilización de la personalidad jurídica independiente de la persona jurídica, mediante las cuales, aunque no se viole ninguna norma imperativa expresa, si en cambio se vulnere el propósito que el legislador pretendió darle a la legislación aplicable.
- III. Todas aquellas que coadyuven al esclarecimiento de la existencia del fraude de ley.

Artículo 19. Por fraude de acreedores se entenderá la elusión de una o más obligaciones crediticias respecto a uno o varios acreedores,

contraídas por la persona jurídica, pero cuyo producto ha generado un beneficio económico principal al integrante o tercero.

Artículo 20. Los jueces deberán valorar las presunciones que permitan inferir la existencia del fraude de acreedores. Serán presunciones de fraude de acreedores:

- I. La concentración de pasivos en la persona jurídica con relación a otras personas jurídicas relacionadas a aquella y existentes dentro de un mismo conglomerado de empresas, determinadas por el integrante o tercero;
- II. La utilización del patrimonio de la persona jurídica como si fuese el propio del integrante o tercero;
- III. El otorgamiento de préstamos de cualquier naturaleza, sin las correlativas garantías suficientes, y sin el estudio de riesgo idóneo para el proyecto objeto del préstamo;
- IV. El participar en operaciones con un riesgo inherente mayor al del común de los competidores en el mismo nicho de mercado;
- V. La gestión administrativa técnicamente inapropiada o fraudulenta;
- VI. Todas aquellas razonablemente similares a las establecidas por la legislación concursal;
- VII. Todas aquellas que coadyuven al esclarecimiento de la existencia del fraude de acreedores.

Capítulo cuarto

Consecuencias de la desestimación de la personalidad jurídica

Artículo 21. Una vez que sea desestimada la personalidad jurídica de la persona jurídica, conforme a los supuestos normativos y al procedimiento establecido en esta ley, los jueces extenderán de modo subsidiario e ilimitado, la responsabilidad civil de la persona jurídica al

integrante o tercero, con el objetivo de impedir el fraude de ley, el fraude de acreedores, o en general, la violación a una norma imperativa.

Artículo 22. Aun cuando por la naturaleza del asunto, no sea procedente la extensión de la responsabilidad civil, de acuerdo a lo establecido en el artículo precedente, los jueces desestimarán la personalidad jurídica de la persona jurídica conforme a lo establecido en esta ley, para impedir el fraude de ley, el fraude de acreedores, o en general la violación a una norma imperativa; e impondrán al integrante o al tercero, la sanción administrativa a que haya lugar, de conformidad con la legislación aplicable.

Artículo 23. La desestimación de la personalidad jurídica de la persona jurídica regulada por esta ley, no prejuzga sobre la responsabilidad penal, fiscal o de cualquier otra naturaleza en que haya incurrido la propia persona moral, el integrante o el tercero.

Capítulo quinto

Procedimiento para la desestimación de la personalidad jurídica

Artículo 24. El procedimiento para la desestimación de la personalidad jurídica societaria, se substanciará por el procedimiento del juicio ordinario establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Artículo 25. Los jueces estarán obligados a conocer de los Procesos de desestimación, a solicitud de la parte que acredite tener interés directo en el asunto.

Artículo 26. Si así fuere necesario, los Jueces podrán desestimar de modo subsiguiente y en un mismo juicio, la personalidad jurídica de

todas las personas jurídicas que resulten involucradas de modo tal que, todos los integrantes o terceros sean sancionados conforme a las consecuencias previstas por esta ley.

Artículo 27. La carga de la prueba de los elementos objetivo, subjetivo y resultante, necesarios conjuntamente para proceder a la desestimación de la personalidad jurídica de las personas morales y la aplicación de las consecuencias jurídicas conforme a lo previsto por esta ley, corresponderá a la parte actora en los procesos jurisdiccionales, o de la autoridad administrativa en las investigaciones de esta naturaleza.

Artículo 28. Pese a lo establecido en el artículo precedente, los jueces competentes estarán obligados a requerir a cualquier individuo o entidad, la información necesaria que les permita determinar la procedencia de la desestimación y de sus consecuencias jurídicas conforme a lo establecido por esta ley.

Artículo 29. Todo individuo o entidad jurídica que sea requerido por un juez jurisdiccional competente, para poner a su disposición la información señalada en el artículo anterior, tendrá la obligación de exhibirla dentro del plazo que le sea otorgado. De no hacerlo, se hará acreedor a la imposición de las sanciones administrativas y penales a que hubiere lugar, de conformidad con la ley.

Artículo 30. El presente decreto entrará en vigencia a los ocho días después de su publicación íntegra en el diario oficial.

Pase al organismo ejecutivo para su publicación y cumplimiento.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la Ciudad de Guatemala a los dos días del mes de mayo del dos mil seis.



CONCLUSIONES

1. La crisis del concepto de persona jurídica se deriva de la concepción formalista de dicha figura, la cual se ha afianzado por la vía legislativa, creándose un mito en la asimilación de las personas jurídicas a las físicas, impulsando el dogma del “hermetismo” de las personas jurídicas, lo que ha llevado a los abusos del mismo.
2. El concepto de persona jurídica se ha reducido a una mera figura formal, un recurso técnico, cuya utilización se presta para unos fines que no son los propios de la realidad social para la que nació dicha figura, sino otros muy distintos, que responden a los intereses de los individuos que la integran. Los socios podrán valerse de la sociedad para eludir el cumplimiento de las leyes, para desligarse de las obligaciones contraídas con terceros y en general, para defraudar los intereses de éstos. La posibilidad de jugar al mismo tiempo con la propia personalidad del socio y la de la sociedad abre un horizonte ilimitado a toda clase de abusos por medio de la utilización de las personas jurídicas en general, pero especialmente de la sociedad anónima.
3. El abuso de la persona jurídica se ha manifestado con mayor evidencia, en la utilización de la figura de la sociedad anónima para aprovechar las ventajas del privilegio de la limitación de la responsabilidad.
4. En el ordenamiento jurídico guatemalteco no existe actualmente una regulación específica, que permita la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad mercantil para alcanzar a quienes se esconden detrás de ella y dar remedio a esta injusticia derivada del uso abusivo de la forma social. Si bien es cierto, existen normas y principios de derecho común que sancionan los actos cometidos en fraude a la ley, el abuso de los derechos o la simulación de los actos, los cuales pueden constituirse en un momento dado, en herramientas legales subsidiarias para exigir judicialmente la desestimación de la personalidad jurídica y responsabilizar así directamente a quienes cometieron abuso por su conducto, dichos remedios legales



no son los más adecuados y propicios para rasgar el velo corporativo en los casos de uso abusivo de la sociedad, toda vez que los tribunales carecen de un apropiado y específico tratamiento jurisprudencial, legal y doctrinario del tema.

RECOMENDACIONES

1. Para poder aplicar la doctrina del levantamiento del velo corporativo en Guatemala, se hace necesario que se introduzcan algunas reformas en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el actual Código de Comercio, contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, dichas reformas tendrían que partir por modificar la concepción realista de la persona jurídica en nuestra legislación, e incluir necesariamente normas que permitan a los Jueces responsabilizar personal y directamente a los socios o accionistas por los perjuicios causados por una sociedad, cuya actuación encubra fines fraudulentos o constituya un recurso para burlar la buena fe y frustrar derechos de terceros.
2. Partiendo de que el sistema legal de Guatemala es eminentemente positivista, es necesario que se introduzca en nuestra legislación, una concepción más renovada y acorde con la realidad actual de la persona jurídica, intentando reducir dicho concepto a sus propios límites, de manera que su utilización adquiriera un nuevo sentido, en virtud de una concepción más realista del Derecho, dicho realismo debe responder a la protección de los intereses verdaderamente merecedores de tutela jurídica, para hacer realidad una justicia concreta y objetiva, que permita un mayor control jurisdiccional de los fines de la persona jurídica.
3. Es necesario crear los mecanismos legales que permitan a los acreedores a través de un proceso judicial, prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para que, penetrando a través de ella, puedan alcanzar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura





BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 2ª ed. Guatemala, Guatemala. Ed. F. De León Impresos, S.A, 2002.

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **La sociedad anónima**. Guatemala, Guatemala. Ed. Serviprensa S.A., 2003.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones civiles**. 5ª ed., México, México. Ed. Oxford University Press, 2002.

BOLDÓ RODA, Carmen. **Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español**. 3ª ed., revisada, actualizada y puesta al día; (s.l.i.) Ed. Aranzadi.

BORDA, Guillermo Julio. **La persona jurídica y el corrimiento del velo societario**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Abeledo-Perrot, 2000.

DOBSON, Juan M. **El abuso de la personalidad jurídica**. 2ª ed.; Buenos Aires, Argentina. Ed. De Palma, 1991.

FERRARA, Francisco. **La Simulación de los negocios jurídicos**. Reimpresión. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. y José Daniel Cesano. **El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Depalma, 2000.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. **Derecho de las sociedades comerciales**. 9ª ed., ampliada y actualizada; Buenos Aires, Argentina. Ed. Abeledo-Perrot, 2001.

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley 106, 1963.



Código procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley 107, 1964.

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República, Decreto número 2-70, 1970.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.