

El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la Responsabilidad Civil



José Luis Seoane Spiegelberg
Presidente Audiencia Provincial
de A Coruña

I. La sociedad capitalista: la separación de la sociedad y el socio

Las sociedades de capital pivotan bajo una serie de notas comunes que les dan identidad propia. Son ante todo personas jurídicas, y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propias. Giran bajo el concepto de capital social, integrado por las aportaciones de los socios, dividido en acciones o participaciones sociales, que conforman el criterio decisivo para participar en los derechos sociales y entre ellos el fundamental de la percepción de dividendos, configurándose desde esta perspectiva en sociedades apersonales, pues lo que interesa no son sus accionistas o partícipes, sino la aportación económica que hacen a la sociedad, lo que posibilita además la denominada fungibilidad del socio, es decir su sustitución por otro, mediante la venta de su participación social.

La sociedad asume el deber de conservar, en beneficio de los acreedores sociales, un patrimonio equivalente al menos al capital social, al tiempo que aquéllos carecen de acción fren-

te a los socios para agredir su patrimonio individual y obtener de esta forma la satisfacción de sus créditos. Se produce pues una suerte de hermetismo societario, conforme al cual la sociedad y sus miembros ostentan personalidades jurídicas propias y patrimonios diversos sin comunicación entre sí.

El patrimonio de la sociedad que, al menos al tiempo de constituirse, habrá de ser igual a su capital, se halla sometido posteriormente a las incidencias de la marcha social. O dicho de otra forma, mientras que el capital es inamovible, el patrimonio social es variable, dependiendo del mayor o menor éxito que tenga la persona jurídica en la realización de su objeto social, en definitiva de su actividad en el mercado.

No es este el momento de entrar a analizar los mecanismos legales para garantizar el capital social, pero sí destacar que su función más importante radica en la protección de los acreedores. Es obvio, sin embargo, que la Ley no puede evitar que la sociedad sufra pérdidas, con la correspondiente repercusión patrimonial. Los principios de integración e intangibilidad del capital societario pretenden garantizar a los acreedores que los socios priven a la sociedad de su base económica. En la normativa contable el capital social ha de figurar en el pasivo del balance, de manera tal que no sean factibles ganancias a costa del mismo, cumpliendo la función de bloqueo de la distribución de beneficios. Cuestión distinta es que los terceros, a la hora de contratar con la sociedad, a lo que atiendan no sea tanto a la cifra de su capital social, sino a la situación patrimonial y financiera de la sociedad. Es cierto que la Ley fija en ocasiones un capital mínimo para constituir una determinada clase de sociedad, pero no existe un deber jurídico de capitalización suficiente.

La segunda nota determinante de la naturaleza jurídica de estos entes societarios radica en la limitación de responsabilidad, lo que conduce a los sujetos de derecho a la constitución de tales personas jurídicas, con la finalidad legal de evitar responder con sus bienes de las deudas sociales, produciéndose de tal forma una escisión patrimonial entre sociedad y socio. El socio no responde con su propio peculio, sino a través de sus aportaciones económicas al capital social, que se configura como un capital responsable frente a terceros, limitando de esta forma el riesgo de su inversión a las aportaciones efectuadas; por su parte, los acreedores, de tener la suficiente fuerza negociadora, como acontece de ordinario con las entidades financieras, podrán solicitar garantías adicionales a los efectos

de protegerse frente a la insolvencia social. En este sentido, es celebre la frase de GARRIGUES de que “la sociedad anónima es, puede decirse, un capital con categoría de persona jurídica”.

La personalidad jurídica, que se atribuye a los entes societarios, los convierte en sujetos de derecho, con su propio nombre, domicilio, capacidad para contratar y, por ende de concertar sus propias relaciones jurídicas, al tiempo que se constituyen en centro de imputación de obligaciones, produciéndose la separación entre el patrimonio social y el propio de sus socios, de manera tal que éstos no responden personalmente de las deudas sociales. Esta separación entre la sociedad y sus socios es la que determina que se hable del hermetismo de la persona jurídica.

II. La posibilidad de aprovechamiento ilícito del principio de la separación sociedad y socio: el abuso de la personalidad jurídica

Es innegable la importancia que históricamente adquirieron las sociedades anónimas para asumir las importantes inversiones, no exentas de elevado riesgo, que exigía el desarrollo del capitalismo, al tiempo que permitía a los pequeños ahorradores participar en los beneficios sociales de las grandes empresas a los que de otra forma no podrían acceder.

Ahora bien, la regulación legal de las sociedades de capital se presta también a su utilización como mecanismo torticero para conseguir objetivos contrarios para los que fueron concebidas, constituyéndose de esta forma en campo abonado para que los socios se valgan del hermetismo social para incumplir sus obligaciones legales o contractuales o evadir responsabilidades patrimoniales de cualquier clase, jugando, según les convenga, con la personalidad de la sociedad o con la suya propia, intercambiándola a su antojo, o constituyendo sociedades dominantes y filiales para evadir la responsabilidad de alguna de ellas, generándose, en definitiva, situaciones de abuso de la personalidad jurídica.

O dicho en otras palabras, cuando el ordenamiento brinda el mecanismo de la responsabilidad limitada, el hermetismo social, la diferenciación patrimonial, la atribución de personalidad jurídica propia, pueden ser utilizados con fines torticeros, fraudulentos o abusivos, frente a los cuales el ordenamiento jurídico ha de tener mecanismos de reacción y no permanecer impasible como cómplice omisivo de tan desleales comportamientos.

III. La reacción frente al abuso de la personalidad jurídica del ente societario: la doctrina “disregard of the legal entity”, así como del “lifting the veil”

Constatada dicha realidad no es de extrañar que se produzcan reacciones ante tan indeseables conductas, que no son exclusivas del ámbito de la jurisdicción civil, sino que son comunes a los distintos sectores del ordenamiento jurídico: social¹, administrativo, penal² y constitucional³.

En este contexto va a ser la jurisprudencia norteamericana, en el siglo XIX⁴, la que primero reacciona frente al dogma del hermetismo social para evitar los abusos de la personalidad jurídica, mediante la elaboración de las doctrinas del “disregard of the legal entity⁵”, o “no hacer caso de la persona jurídica”, o la “lifting the

veil”⁶, en traducción al español “levantamiento del velo”, cuya divulgación en la Europa continental, en la que impera el sistema del civil law, frente al common law anglosajón, se va a llevar a efecto a través de la obra de SERICK: “*Recht-form und Realität juristischen Personem*”, traducida en nuestro país por PUIG BRUTAU. Según dicho autor concurriría tal abuso cuando se utiliza la persona jurídica para burlar la ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros.

En definitiva, la mentada doctrina significa, como es sabido, que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza como mecanismo de fraude, el Juez puede penetrar en el hermetismo societario, descorrer el velo de las personas jurídicas, para evitar que se produzca el resultado contrario a Derecho, en los casos en los que la estructura corporativa es una “mere façade”, esto es cuando se interpone la forma societaria para eludir la ley o cometer el fraude.

La jurisprudencia española⁷ inicialmente acudía al levantamiento del velo a través de lo que se venía denominando la doctrina de terceros (SSTS de 7 de junio de 1927, 8 de octubre de 1929, 12 de diciembre de 1950 entre otras), pero su recepción bajo tal denominación no se lleva a efecto, hasta la conocida STS de 28 de mayo de 1984, que señala al respecto:

“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 (artículos primero, uno, y noveno, tres), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil), 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 esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada

¹ En el ámbito laboral normalmente el conflicto nace de la necesidad de la identificación del empresario o empleador cuando se utilizan sociedades de fachada o aparentes que dificultan la efectividad de los derechos de los trabajadores

² La sentencia de 27 de marzo de 2.003, de la Sala del Tribunal Supremo español prevista en el artículo 61 de la LOPJ 6/1.985, de 1 de julio, acude a la técnica del levantamiento del velo para declarar la ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna y Batasuna, ante “la existencia de una unidad de sujeto real, frente al cual las distintas estructuras interpuestas vienen a ser puros ropajes jurídicos, insusceptibles de ocultar” la realidad de una identidad efectiva de los partidos mencionados y ETA, cuya atención a sus miembros apresados es notoriamente compartida por las demás organizaciones sólo aparentemente autónomas”.

³ En este sentido la sentencia del Pleno de la Corte Constitucional de Colombia de 7 de septiembre de 2004 sobre la inconstitucionalidad del art. 373 del Código de Comercio, que los accionistas de la sociedad anónima debían responder patrimonialmente de los pasivos laborales. La Corte en este caso consideró que el empleo de la personificación jurídica como instrumentos para desconocer los derechos de los trabajadores y pensionados, con fines fraudulentos resultaría contrario a la Constitución, pero sin embargo se constatan la existencia de remedios legales para proteger los trabajadores entre los cuales estaría la técnica del levantamiento del velo. En esta resolución la Corte analiza el estado de la doctrina, citando expresamente la obra de José Ignacio Narváez. “Teoría General de las Sociedades”, pág. 41, con transcripción literal: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación: Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso”.

⁴ Se cita como primer caso en el que se aplicó tal doctrina en el “Bank of the United States vs Deveaux”, de 1809 del Juez Marshall”

⁵ Esta doctrina del disregard descansa bajo los conceptos de fraude y agency. El concepto de fraude en derecho anglosajón es más amplio que en sistema del civil law abarcan-

do los supuestos comprendidos en los actos fraudulentos, el dolo y la simulación. La aplicación de tal doctrina se lleva a efecto a través de las siguientes variantes: The instrumentality doctrine; The alter ego doctrine; The identity doctrine.

⁶ En los casos de grupos de sociedades el concepto utilizado fue el de “agency” y “partnership”.

⁷ De ÁNGEL YAGÜEZ, R, en su obra: “La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia” (1997), clasifica la doctrina del Tribunal Supremo en los grupos siguientes: responsabilidad civil; tercería de dominio y otras manifestaciones procesales; actos fiduciarios, y persona jurídica con un único miembro.



como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar «levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos, del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (artículo diez de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un «ejercicio antisocial») su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil), lo cual no significa –ya en el supuesto del recurso– que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la

auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad «ex contractu» o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, «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”.

Como dicen las SSTs de 28 de enero de 2005 y 3 de abril de 2009, supone un procedimiento para descubrir y reprimir, en su caso, el



IV. Dificultades de encontrar un criterio rector del fundamento del levantamiento del velo: los grupos de casos

A los efectos de obviar la ausencia de una concreta consagración normativa de tal doctrina se viene empleando con carácter general por parte de los distintos tribunales los institutos de la simulación, abuso de derecho, buena fe o fraude de ley.

No obstante, es difícil hallar un criterio rector susceptible de ser aplicado para el tratamiento unificado de dichos supuestos, dificultad que se transforma, para cierto sector de la doctrina, en crítica a su utilización, en tanto en cuanto si no se pueden delimitar adecuadamente sus contornos, si se justifica su aplicación tan solo en evitar resultados injustos, se estaría atribuyendo extraordinario poder a los tribunales para penetrar o no en el sustrato del ente societario en detrimento del principio de seguridad jurídica.

Advierte, en consecuencia, GIRÓN TENA que “una de las tareas más importantes de la doctrina y la jurisprudencia es continuar la elaboración de un grupo seguro de reglas sobre esta materia y podía utilizarse la aportación alemana por la semejanza legislativa sobre este punto”⁸.

Para salvar tal obstáculo, doctrina y jurisprudencia han acudido al procedimiento de la elaboración de grupos de casos, en los cuales puede encontrar fundamento el puntual desconocimiento de la personalidad jurídica propia del ente societario. La monografista sobre el tema, la profesora BOLDÓ RODA⁹ sistematiza los grupos de casos obtenidos del estudio de la doctrina alemana en los siguientes apartados:

A) Confusión de patrimonio y esferas, que supone que el patrimonio de los socios no puede distinguirse del de la sociedad.

B) Insuficiencia de capital, casos en los que los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social.

C) Dirección externa, cuando la voluntad de la sociedad depende, por lo general, de otra

dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude cometido.

Podemos, por consiguiente, afirmar que la doctrina del levantamiento del velo es de creación inicialmente jurisprudencial por inexistencia en los ordenamientos jurídicos de un tratamiento legislativo general que la consagre. Nace mediante su aplicación por parte de los Tribunales, con carácter casuístico, a los efectos de evitar la consagración de abusos en la utilización del hermetismo societario, de la doble moral que supone alegar la distinta personalidad jurídica cuando la misma se utiliza precisamente para lograr fines fraudulentos.

⁸ GIRÓN TENA, J: “Derecho de Sociedades Anónimas” (1952), págs. 80 y 81.

⁹ BOLDÓ RODA, CARMEN: “Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español”, cuarta edición, (2006), págs. 268 y ss.

sociedad que participa mayoritariamente de su capital (sociedad dominante).

D) Abuso de la personalidad jurídica.

A su vez, la mentada autora trata los grupos de casos, con análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y disposiciones legales españolas, en los grupos siguientes¹⁰:

I) Casos de identidad de personas o esferas, con análisis de la sociedad unipersonal.

II) Casos de control o dirección efectiva externa, con análisis de la problemática de los grupos de sociedades.

III) Casos de infracapitalización, con sus dos variantes: infracapitalización material, cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a efecto el objeto social, ni por la vía de un capital de responsabilidad, ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos, supuesto en el que faltan tanto recursos propios como ajenos, e infracapitalización nominal, cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros para el desarrollo de objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios.

IV) Casos de abuso de la personalidad jurídica en fraude de ley o en incumplimiento de obligaciones.

En el derecho norteamericano se utilizan con frecuencia determinados indicios o estándares a la hora de determinar la procedencia de la aplicación de la doctrina del disregard. El caso es sometido a un test, a los efectos de determinar si concurren las circunstancias precisas para levantar el velo societario¹¹.

La STS de 17 de octubre de 2000 (EDJ 32603), desestima la aplicación de la mentada doctrina, dada la inexistencia de indicios de aprovechamiento fraudulento de la forma societaria, razonando: “a) no se ha acreditado que los accionistas de ambas compañías sean los mismos; b) ni se mantuvo la coincidencia de la

administración única, que, al principio, existió, c) ni, de la prueba practicada, se desprenda que exista coincidencia de domicilios sociales, o de establecimientos mercantiles; d) ni, finalmente, existe constancia alguna de que «S., S.L.» haya asumido deudas de «D., S.A.», ni que ambas sociedades tuvieran idéntico patrimonio. La conclusión, por tanto, de la sentencia impugnada resulta plenamente lógica, puesto que la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo» se aplica, cuando consta probado que la sociedad, en cuestión, carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad, ni personalidad propia».

Apelan a que deben utilizarse el juicio indiciario las SSTs de 29 y 30 de noviembre de 2007 (EDJ 233265 Y 222906), cuando de la misma forma expresan: “la constatación de la falsedad de la apariencia de una persona jurídica, por tratarse de una situación no pública, resulta siempre compleja y para llegar a precisar si nos hallamos ante una persona jurídica usada para fines distintos de los propios de la personalidad, deben utilizarse los indicios que permitan llegar a la conclusión de que se ha producido un fraude o un abuso de la personalidad”¹².

efecto su constitución; 5) La sociedad subsidiaria está fuertemente descapitalizada; 6) La sociedad dominante paga los salarios y otros gastos o pérdidas de la subsidiaria; 7) La subsidiaria dedica toda su actividad a la sociedad dominante o no posee otro patrimonio que aquel que le transmite la sociedad dominante; 8) En los documentos de la sociedad dominante se describe a la subsidiaria como un departamento o división de la sociedad dominante; o se hace alusión a su actividad o responsabilidad financiera como propia de la sociedad dominante; 9) Los administradores o ejecutivos de la subsidiaria no actúan independientemente en el interés de la subsidiaria, sino que reciben órdenes de la sociedad dominante para actuar en el interés de esta última; 10) No se observan los requisitos formales de la sociedad subsidiaria; 11) La sociedad dominante utiliza las propiedades de la subsidiaria como suyas propias (Esta lista de indicios fue establecida en el caso *Fish v. East*, 114 F. 2d.177,191 (10th. cir. 1940), según cita Boldó, op. cit supra, pág 146.

¹² La STS de 2 de julio de 2010 (EDJ 45096) desestima la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo dado que “no hay base fáctica que permita sostener que las sociedades codemandadas fueron creadas “*ex profeso*” para defraudar a los acreedores ni que la entidad además de servir de la personalidad de las sociedades participadas para defraudar legítimos intereses de tercero, instrumentalizara en su exclusivo beneficio las sociedades del grupo al extremo de articular, para lograrlo, un alzamiento de bienes. Y por ello no es de ver en qué sentido se ha producido una situación de fraude, creada por las sociedades codemandadas”.

¹⁰ BOLDÓ RODA: Op. cit. supra, págs.272 y ss.

¹¹ Así, por ejemplo, para determinar el grado de control de una sociedad sobre otra se acude a indicios tales como: 1. La sociedad dominante posee la totalidad o la mayor parte del capital de la subsidiaria; 2) La sociedad dominante y la dominada tienen los mismos administradores y gerentes; 3) la sociedad dominante financia a la subsidiaria; la sociedad dominante ha suscrito todas las acciones (*capital stock*) de la subsidiaria o de otra forma es la responsable de llevar a

Por su parte, la STS de 30 de mayo de 2012, precisa que la aplicación de la mentada doctrina: “exige que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan *numerus clausus*. En cualquier caso, no pueden mezclarse un tipo de supuestos con otro, pues en la práctica cada una de ellos requiere sus propios presupuestos y, además, pueden conllevar distintas consecuencias. Por ejemplo, no es lo mismo la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, que los casos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros”.

Ahora bien, como señala la STS de 1 de junio de 2011, el recurso ocasional a esa técnica no tolera desconocer, sin justificación bastante, los principios que inspiran la regulación de las sociedades y, por ello, la necesidad de una cumplida prueba de que se utiliza la persona jurídica para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o extracontractuales. Incluso el carácter familiar de la sociedad o la pertenencia de diversas sociedades a una familia tampoco determinan sin más la aplicación de esta doctrina (STS de 27 de octubre de 2011).

V. Carácter excepcional de su aplicación: el conflicto entre seguridad jurídica y justicia

En lo que sí existe consenso general es que la aplicación de tal doctrina ha de hacerse con suma cautela, con cuidado exquisito, a los efectos de evitar que en el conflicto entre justicia y seguridad jurídica salga esta última malparada, en tanto en cuanto una ampliación desmedida y desproporcionada del desconocimiento de la personalidad jurídica propia del ente social, con las consecuencias de la quiebra de la limitación de responsabilidad de los accionistas o copartícipes con respecto a las deudas sociales, determinaría la crisis más absoluta del derecho societario, que conforma un instrumento básico del progreso humano.

En este sentido, en el derecho colombiano, FORERO HENAO señala gráficamente: “debe usarse de manera que no espante la iniciativa privada ni la extranjera, sino que simplemente se considere como una alerta para aquellos malinten-

cionados que pretendan dar un uso indebido a los medios jurídicos creados”¹³. O como señala BOLDÓ RODA, al tratar el conflicto entre justicia y seguridad jurídica en la aplicación de tal doctrina: “cuando el Derecho crea una institución y le atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas el daño que resulta de no respetar aquéllas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga”¹⁴. O la sentencia de la Sala 2ª de la Corte Civil y Comercial de Buenos Aires de 2 de septiembre de 1999¹⁵, que advierte que “una aplicación indiscriminada puede llevar a aniquilar la estructura formal de las sociedades en supuestos en que no se justifica ni procede, con grave daño para el derecho, la certidumbre y la seguridad de las relaciones jurídicas y hasta la misma finalidad útil de su existencia legal”¹⁶.

No ajena a tales consideraciones la jurisprudencia española advierte también del carácter excepcional de la aplicación de tal doctrina (SSTS de 4 de octubre 2002, 11 de septiembre de 2003, 29 de junio de 2006), por lo que debe ser objeto de un uso ponderado y restringido. En definitiva, como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2000, que reitera las de 25 de octubre de 1997 y 30 de mayo de 1998, la citada doctrina jurisprudencial tiene aplicación limitada, “pues lo normal es el obligado respeto a la forma legal, aunque excepcionalmente, cuando se evidencia que la forma esconde una ficción, quepa penetrar en el sustrato personal de dichas entidades o sociedades, para evitar el perjuicio a terceros y su utilización como vehículo de fraude”. Más recientemente se manifiesta en tal sentido la STS de 30 de mayo de 2012, con cita de las sentencias 475/2008, de 26 de mayo, y 422/2011, de 7 de junio.

¹³ FORERO HENAO, MARÍA CAROLINA y DEL CASTILLO, MARÍA PAULINA: “Un derecho de la competencia para los grupos económicos”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana (2001).

¹⁴ BOLDÓ RODA, CARMEN: “Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español”, cuarta edición, (2006), pág. 194.

¹⁵ En el caso I.T.P. Electrónica S.R.L. v Signus Time S.R.L.

¹⁶ De igual forma la STS de 31 de octubre de 1996 señala que: “Ahora bien, dicha operación de «levantamiento del velo» societario, debe utilizarse cuidadosamente y en casos extremos y de forma subsidiaria, en otras palabras, cuando no haya más remedio y no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales. Pues no se puede olvidar, que la personalidad jurídica, es una teoría que ha logrado grandes y eficaces éxitos para la expansión financiera y económica en general y que el comercio internacional tiene su arquitrabe en la misma”.

O, por último, podemos cerrar esta cita jurisprudencial con la invocación de la STS 670/2010, de 4 de noviembre, cuando afirma que el que en nuestro sistema se reconozca «la personalidad jurídica de las sociedades, como centro de imputación de relaciones jurídicas» y se entienda que «como regla, es la sociedad la que debe responder de su propio actuar aunque instrumentalmente actúe por medio de sus administradores», ello no constituye «obstáculo para que, excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias –son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso– sea procedente el «levantamiento del velo» a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros.

No cabe ignorar, por consiguiente, que la seguridad jurídica, como conocimiento cierto por parte del ciudadano, destinatario de las normas jurídicas, de cuáles son sus derechos y obligaciones y, por lo tanto, poder prever de antemano las consecuencias de sus actos, conforma un principio constitucional irrenunciable. Si bien no deja de ser cierto que quien conscientemente se ampara en el fraude para obtener un fin ilícito es razonable negarle amparo legal.

Manejar con equilibrio el valor justicia con relación al principio de seguridad jurídica es condicionamiento para la aplicación correcta del levantamiento del velo, y no incurrir en los excesos que la misma pretende prevenir. En definitiva, no se trata de otra cosa que de fijar los límites de la autonomía de la persona jurídica y la posibilidad de desconocerla en determinados casos¹⁷.

VI. La interpretación finalista de las normas como alternativa a la doctrina del levantamiento del velo

Frente a la teoría del levantamiento del velo, otro sector doctrinal considera como técnica más adecuada la de la aplicación de las normas jurídicas, tratando tales casos dentro de la interpretación teleológica, atendiendo por consiguiente a la finalidad de las normas a la hora de resolver los conflictos suscitados por abusos de la personalidad. De esta manera quienes pro-

pugnan tal doctrina se manifiestan como enfoque alternativo a la teoría del levantamiento del velo. KÜBLER explica de la forma siguiente tal cuestión. El principio de separación, válido para la sociedad de capital, permite al individuo, mediante la incorporación de su empresa a aquélla, crear un escudo protector entre los intereses empresariales y su propia persona, del que se puede prescindirse excepcionalmente cuando el juez ordene el levantamiento del velo. En cambio para la posición contraria, iniciada por MULLER-FREIENFELS y desarrollada sobre todo por REHBINDER, la cuestión fundamental es la de decidir si debe aplicarse una norma determinada en un caso concreto a una determinada persona jurídica, en función de su sentido y finalidad y de una correcta configuración legal¹⁸. Ello significa que el juez ha de decidir, interpretando la finalidad de la norma aplicable en cada caso, si la consecuencia jurídica en cuestión ha de afectar solo a la sociedad o al socio o a ambos a la vez.

En definitiva, para este sector doctrinal todos los problemas típicos del levantamiento del velo se podrían solventar mediante la interpretación finalista de las normas jurídicas que regulan los entes societarios, sin necesidad de prescindir de su personalidad jurídica, cuando desaparece el fundamento de la heterogeneidad subjetiva.

A los efectos de evitar el detrimento de la seguridad jurídica, por PAZ ARÉS, se ha intentado reconducir la posibilidad de penetrar en el hermetismo societario reconstruyendo la casuística del levantamiento del velo, negándola sustantividad propia a través de dos grandes matrices: 1) la extensión de la imputación, y 2) extensión de la responsabilidad, es decir cuando la responsabilidad de las deudas sociales debe extenderse a los socios, distinguiendo dentro de este grupo los casos siguientes: a) la infracapitalización; postulando una tesis restrictiva sobre la responsabilidad del socio por esta vía; b) la confusión de patrimonios; considerando necesario una infracción de los deberes contables que impida la reconstrucción formal de la separación de patrimonios entre socio y sociedad; c) la confusión de esferas, concurrente cuando la sociedad y el socio, con frecuencia otra sociedad, actúan de manera que se desdibuja frente a terceros la separación entre ambos (uso de los mismos locales, denominaciones o signos, personal etc., limitando su aplicación a los supuestos en los que el acreedor no haya podido

¹⁷ La STS de 30 de mayo de 2012 desestima la aplicación de la doctrina que nos ocupa dado que: “No es suficiente la insolvencia de la sociedad y la supuesta solvencia del Sr. Pedro (socio mayoritario) para advertir este abuso, es necesario algo más que ni siquiera se ha llegado a aducir en la demanda”.

¹⁸ FRIEDRICH KÜBLER: Derecho de sociedades, 5ª edición (2001), Fundación Cultural del Notariado, págs..513 y ss.

identificar a la contraparte o cuando haya sido inducido a pensar que la contraparte es el socio; d) la dirección externa o dominación, cuando se traslada a la sociedad dominante la responsabilidad de una sociedad dependiente¹⁹.

VII. Su consagración normativa en el Derecho de los países hispanoamericanos

En su evolución posterior, el Derecho Comparado nos permite constatar como el levantamiento del velo, inicialmente creación jurisprudencial, va a obtener consagración en los ordenamientos jurídicos a través de aisladas manifestaciones normativas que, para sectores concretos de la actividad humana, permiten desconocer la personalidad jurídica del ente societario o que establecen determinados mecanismos legales para evitar factibles abusos.

En efecto, existen plurales manifestaciones legislativas encaminadas a evitar los abusos de la personalidad jurídica de los entes societarios, a través de las cuales los Legisladores nacionales han establecido límites al hermetismo social, a modo de excepciones a la regla general de respeto de la personalidad propia, permitiendo penetrar en la estructura o sustrato social en determinados sectores de la actividad humana²⁰.

Incluso dicha doctrina ha encontrado su reflejo normativo en determinadas disposiciones legales como acontece, por ejemplo, en Argentina y Uruguay.

En efecto, la ley de Sociedades Comerciales argentina de 1972 (nº 19550), en el párrafo tercero de su art. 54 señala: “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 o ilimitadamente por los perjuicios causados”.

En las XII Jornadas de Derecho Civil celebradas en Bariloche se sostuvo por la doctrina argentina que: “La inoponibilidad de la perso-

nalidad jurídica prevista en el tercer párrafo del art. 54 de la Ley de sociedades ni implica desestimar la personalidad del ente, sino alterar los efectos del tipo societario en cuanto límite de la responsabilidad del socio que abusó del recurso técnico”²¹.

En Uruguay, en el art. 189 de la Ley 16060 de Sociedades de 1989 se norma que:

“Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción se seguirán los trámites del juicio ordinario”.

Por su parte, el art. 190 establece:

“La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.

A estos efectos se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad.

En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe.

Lo dispuesto se aplicará, sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos”.

De sumo interés es el Proyecto de Decreto sobre la Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria mexicana, presentada al Senado, en el año 2002, en cuya exposición de motivos se hace referencia como objetivos a lograr: “a) Mantener el criterio general de es-

¹⁹ PAZ ARÉS, en Curso de Derecho Mercantil, de URÍA Y MENÉNDEZ, págs. 552 a 561.

²⁰ Para ver dichas manifestaciones normativas en el Derecho de los países hispanoamericanos puede consultarse la obra: “La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica”, de JOSE HURTADO COBLES (2008).

²¹ Cita de la obra “La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica”, de JOSÉ HURTADO COBLES (2008), pág. 77, que señala como origen de tal dato a RICHARD EFRAIN HUGO: “En torno a la personalidad jurídica de las sociedades”, en Revista Notarial 1989, Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, págs. 207 a 224.

tricto respeto a la personalidad jurídica independiente de las personales morales; b) Mantener la regulación vigente respecto a los tipos de responsabilidad de los integrantes de las personas morales de conformidad con la ley que les sea aplicable; c) Establecer como recurso excepcional y subsidiario al régimen de responsabilidades antes mencionado, la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica societaria para extender la responsabilidad civil de la persona moral a sus integrantes, de conformidad con las hipótesis normativas determinadas en la ley propuesta”.

En Panamá, en el Anteproyecto de 7 de septiembre de 2004 de modificación del art. 806 del Código de Familia y del Menor, se propuso la redacción siguiente, que finalmente no fue aprobada: “En estos procesos, a petición de parte, el Juzgador podrá ordenar el levantamiento del velo corporativo a aquellas sociedades anónimas que fundadamente se considere que son utilizadas por alguna de las partes en el proceso para ocultar sus bienes o el monto real de su patrimonio”. La razón de tal precepto se explicaba en la exposición de motivos de la forma siguiente: “... lamentablemente, la utilización del régimen de sociedades anónimas es común por parte de padres irresponsables que pretenden ignorar sus deberes para con sus hijos e hijas”.

Como otro intento frustrado de regulación normativa del instituto podemos citar el anteproyecto de Ley de Sociedades Mercantiles de Venezuela de 1989, en cuyo artículo 255 se señalaba que: “Las sociedades que integran una concentración de sociedades conservan sus propias personerías, sin perjuicio de las disposiciones del presente capítulo. 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 los 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”.

También como intento sin éxito podemos citar la pretendida reforma del art. 78 del CC de Perú en 1984, en el que se proponía el texto siguiente: “El juez, en caso de uso indebido de la persona jurídica o de fraude de ley, puede responsabilizar directamente a los miembros, directores y administradores de la persona jurídica, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar”, dicha redacción no llegó a ser aprobada, pero sí se reflejó en el texto de la Ex-



posición de Motivos, cuando reza refiriéndose a la misma que: “como lo demuestra abundante jurisprudencia comparada y lo admite la doctrina más reciente, no cabe respetar la forma en ciertos casos y es necesario descender el velo de la persona jurídica para evitar se haga mal uso de ella”.

VIII. Su tratamiento jurídico en el Derecho español

Se puede decir que, con cautela, para no incurrir en vedadas y contraproducentes consecuencias, la doctrina y jurisprudencia españolas admiten la técnica del levantamiento del velo con el carácter excepcional que hemos reseñado.



En efecto, el Tribunal Supremo ha acudido a la aplicación de tal doctrina, que permite penetrar en el sustrato de las sociedades para percibir su auténtica realidad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero, lo que abre un gran abanico de posibilidades como el incumplimiento contractual, aparentar insolvencia, sustraer bienes de la ejecución forzosa, soslayar o hacer prevalecer ciertos derechos o eludir la responsabilidad contractual o extracontractual (STS 16 de octubre de 2001, EDJ 35567).

La STS de 19 abril 2006, con cita de la de 29 julio 2005, recuerda que esta técnica se uti-

liza para «evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos o pueda utilizarse aquélla (la sociedad) como camino de fraude (artículo 6.4 CC) con posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea necesario para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (...)».

Cabe sistematizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los apartados siguientes:

1º. La doctrina del levantamiento del velo trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los dere-

chos de los demás (SSTS, entre otras, 17 de diciembre de 2002, 22 y 25 de abril de 2003, 6 de abril de 2005, 10 de febrero y 29 de junio de 2006, 29 y 30 de noviembre de 2007, 7 de junio de 2011 y 30 de mayo de 2012).

2º. Se trata, en todo caso, de prevenir que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio (SSTS 17 de octubre de 2000; 3 de junio y 19 de septiembre de 2004, 16 de marzo y 30 de mayo de 2005, 30 de mayo de 2008, 13 de octubre de 2011); poniendo coto al dolo o abuso cometido (SSTS de 28 de enero de 2005, 3 de abril de 2009).

3º. Se produce dicho fin fraudulento, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales (SSTS 28 de marzo de 2000, 14 de abril de 2004, 20 de junio de 2005, 24 de mayo de 2006), y entre ellas el pago de deudas (SSTS 19 de mayo de 2003, 27 de octubre de 2004); cuando la sociedad deudora es colocada en una situación de inactividad o insolvencia, y de sus activos económicos y desaparición de hecho se beneficia otra Sociedad (STS de 29 de junio de 2006), en casos similares SSTS de 24 de junio de 2002 y 11 de diciembre de 2003; actuación de una o varias personas físicas bajo la apariencia formal o la cobertura legal de una persona jurídica (STS 18 mayo 2006); abuso de la personalidad, deducida de la infracapitalización, apariencia del contrato de arrendamiento de la nave siniestrada a la sociedad, siendo los dos socios los propietarios de dicha nave y patrimonio negativo de la propia sociedad que, cuando se produjo el siniestro, no estaba en situación de afrontar su responsabilidad (SSTS de 29 y 30 de noviembre de 2007); utilización, con fines fraudulentos, de una confusión de personalidades y de patrimonios entre una persona física y una persona jurídica» (STS de 27 diciembre 1997). O en el caso de la STS de 6 de marzo de 2008 (EDJ 127963), en que disuelta la sociedad, siendo administradores y socios únicos los demandados, se consideró que debían responder solidariamente frente a la perjudicada, ya que personalmente efectuaron bajo la cobertura de la persona jurídica, «la torticera venta del inmueble litigioso»; para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual (SSTS de 19 de septiembre de 2007 y 3 de abril de 2009, EDJ 50741); para considerar la identidad de las sociedades que impide que se aprecie el carácter de tercero en la demandante y prospere su tercería de dominio (SSTS 3 de junio de 2004 y también las de 29 de septiembre de 2006, 22 de febrero, 30 de octubre y 30 de noviembre de 2007, 17 de

diciembre de 2008, EDJ 262348)²²; infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso (SSTS de 30 de mayo de 2012, 13 de octubre de 2011, 4 de noviembre de 2010); inscripción de embargo sobre persona distinta a la apremiada (STS 30 de noviembre de 2011).

4º. No obstante se exige su invocación para la aplicación por los tribunales so pena de incurrir en la vedada incongruencia. En este sentido, la STS 28 de febrero de 2008 (EDJ 124024) proclama que: “El respeto al principio de que la justicia civil es rogada, con sus repercusiones en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española, impide que el Tribunal de Instancia pueda entrar de oficio ni proceder a ese levantamiento, si ninguna de las partes en el proceso ha planteado la utilización de una persona jurídica como ficción encaminada al fraude, al perjuicio, o el daño, sin olvidar las complejas situaciones de hecho y de derecho para llegar a la conclusión de que se ha producido un fraude o un abuso de la personalidad”.

Es necesario igualmente dejar constancia que está abierto en nuestra doctrina el debate, antes reseñado, entre quienes se manifiestan favorables a su aplicación y quienes se decantan por el tratamiento de tales casos dentro de una interpretación teleológica o finalista de las normas jurídicas, que regulan los entes societarios, con la pretensión de hallar en las mismas la solución a tales conflictos.

Hay que indicar, por último, que no existe, en nuestro ordenamiento jurídico, una disposición normativa concreta que positivice expresamente el levantamiento del velo como técnica

²² En este mismo sentido la sentencia de 21 de mayo de 2005 dice: “Actividad industrial que constituye el negocio familiar, y que no existe separación alguna de patrimonios, ni de personalidades, por lo que obviamente no cabe ampararse en la aparente autonomía jurídica del socio y de la sociedad para distraer las responsabilidades de ésta, por cuanto ello constituye un abuso de la personalidad formal que se utiliza como vehículo de fraude, lo que contradice los principios de la buena fe y equidad y vulnera la prohibición del fraude y el abuso de derecho que consagran los arts. 3.2; 6.4, 7.1 y 7.2 del Código Civil, y permite aplicar, por un lado, la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo (Sentencias, entre otras, de 25 octubre 1997; 30 mayo, 22 julio y 9 noviembre 1998; 26 abril y 13 octubre 1999; 31 enero, 28 marzo y 17 octubre 2000), y, por otro, la doctrina jurisprudencial que niega la cualidad de tercero en las tercerías de dominio cuando hay coincidencia de intereses, o confusión de patrimonios o personalidades entre el demandante tercerista y el ejecutado (Sentencias 22 febrero, 30 mayo, 11 octubre y 31 diciembre 1999, 31 enero y 22 noviembre 2000 y las que citan, entre otras)”.

de penetración en la estructura de la persona jurídica, como sucede en Argentina o Uruguay. Ello no significa que no existan determinadas normas jurídicas, como acontece en el Derecho comparado, cuya finalidad sea la de evitar los abusos de la personalidad jurídica, intentando prevenir la posibilidad de producción de tan indeseables consecuencias.

Paradigmática expresión de la doctrina del levantamiento del velo se encontraba en los supuestos de las sociedades unipersonales, en las que el socio único acudía a la creación de un ente societario, en no pocas ocasiones a través de familiares o meros testaferros, para asegurarse la irresponsabilidad patrimonial en su actividad en el mercado. Ello motivaba que, en los supuestos en los que se producía confusión patrimonial entre sociedad y socio único con daño para tercero, fuera campo abonado para la aplicación de tal doctrina.

En definitiva, se venía manteniendo que la sociedad unipersonal no era una verdadera sociedad, pues la esencia de la misma requería una pluralidad de sustrato personal, una diferenciación de patrimonios, un órgano soberano de expresión de la voluntad general que era la Junta de socios, lo que difícilmente se conciliaba con tal clase de sociedad. Es más se venía considerando la unipersonalidad sobrevenida como causa de disolución por imposibilidad de consecución del fin social. En este sentido SANTOALALLA escribía que el término sociedad significa agrupación, reunión, y carece totalmente de sentido la agrupación de una persona consigo mismo²³.

No obstante dicho escenario se ha visto afectado por la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico la Directiva 89/667/CEE de 21 de diciembre, que incorpora la sociedad de capital unipersonal, como consecuencia de un movimiento legislativo europeo proclive a dicha forma societaria tanto sobrevenida como originaria. La transposición de dicha Directiva se llevó a efecto por Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que reguló la materia, en su capítulo XI, admitiendo en el art. 125 LSRL sus dos formas constitutivas originaria y sobrevenida²⁴.

²³ SANTOALALLA LÓPEZ, M^a CRISTINA: "La sociedad unipersonal", en Rev. Jur. del Notariado, n° 16 (1995), pág. 173.

²⁴ "Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada: a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica. b) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal".

Por su parte, dicha ley dio igualmente redacción al art. 311 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que norma: "Será de aplicación a la sociedad anónima unipersonal lo dispuesto en el cap. XI Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada". Actualmente la materia se encuentra regulada en los arts. 12 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Por consiguiente, hoy en día, aparecen superados tales prejuicios, sin que pueda considerarse la sociedad con único socio como algo anómalo o contrario a Derecho. Sin embargo, ello no significa que el legislador no establezca en tales casos mecanismos para prevenir situaciones de confusión patrimonial en perjuicio de acreedores, fundamentalmente a través de la transparencia derivada de un riguroso régimen de publicidad, tanto de la situación de unipersonalidad, como con respecto a los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad unipersonal.

No es ahora el momento ni el lugar para desarrollar la regulación y problemática de estas personas jurídicas, pero sí ofrecer brevemente alguna de las garantías legales normativamente previstas a los efectos de evitar factibles abusos²⁵.

La unipersonalidad sobrevenida se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, expresándose necesariamente la identidad del socio único, y en tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como

²⁵ La STS de 20 de diciembre de 2011 (EDJ 292395) desestima la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en el caso de una sociedad unipersonal con los argumentos siguientes: "la primera es que la tesis de la recurrente conduciría a que en todo caso de incumplimiento contractual de una persona jurídica respondiera automáticamente su socio mayoritario o su administrador único, lo cual no solo se opone a la personalidad jurídica propia de las sociedades mercantiles y al régimen legal de responsabilidad de sus administradores sino también a la propia existencia legal de sociedades unipersonales con personalidad jurídica propia y diferente de la de su socio único; y la segunda es que la tesis de que se trata tendría algún fundamento si las máquinas instaladas en los locales cuyos dueños no renovaron su autorización para las máquinas de la recurrente hubieran pertenecido al Sr. Miguel, que en tal caso sí habría podido aprovecharse de que el pacto de no competencia no le vinculaba a él sino a Maquinaria, pero no cuando resulta que aquellas máquinas pertenecían precisamente a Maquinaria"

en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria (art. 13 LSC).

El socio único que ejercerá las competencias de la Junta General deberá plasmar los acuerdos en acta (art. 15 LSC). Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad deberán constar por escrito o en la forma documental que exija la ley de acuerdo con su naturaleza, y se transcribirán a un libro-registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones. Durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de su celebración, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos. En caso de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley (art. 16 LSC).

Por último, transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad (art. 14 LSC).

Por otra parte, los créditos del socio único frente a la sociedad serían susceptibles de ser calificados en el concurso por la vía del art. 92.5 LC, como créditos subordinados, reputándose como tales: "Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el art. 91.1º (salariales) cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el art. 93.2.1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican., señalando, por su parte, el art. 93.2 que se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: "1º Los socios que en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negocia-



Transcurridos seis meses desde la adquisición que esta circunstancia se hubiere inscrito en el personal, ilimitada y solidariamente de las deudas de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad (art. 14 LSC).



por la sociedad del carácter unipersonal sin
Registro Mercantil, el socio único responderá
de las deudas sociales contraídas durante el período
de gestión, el socio único no responderá de las deudas

ción en mercado secundario oficial, o un 10% si
no los tuviera”.

Regirá, por otra parte, la presunción de perjuicio patrimonial para el ejercicio de la acción rescisoria concursal del art. 71.3 LC, que comprende, como presunción de perjuicio patrimonial los actos “dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionados con el concursado”.

Asimismo supone la extinción de las garantías de cualquier clase (con especial importancia las garantías reales) en tanto que «persona especialmente relacionada» con la sociedad concursada, mediante auto dictado vencido el plazo de impugnación del informe de los au-

ditores, si tales acreedores no impugnaran en tiempo y forma tal calificación (art. 97,2 LC). Hay que entender, lógicamente, que dicha extinción también tendrá lugar cuando lo impugnen y se desestime la impugnación.

En la fase de convenio carecerá de derecho de voto (art. 122.1 LC), y en la fase de liquidación el pago a los titulares de créditos subordinados no se hace hasta que estén satisfechos los créditos privilegiados y ordinarios (art. 158,1 LC).

Por otra parte, si el socio unipersonal fuera además administrador se le aplicarán las normas que regulan su responsabilidad. Todo ello también, sin perjuicio, de que se vea sometido a la sección de calificación del concurso (arts. 167 y ss. LC), dentro de la cual, en su caso, se le podrá exigir responsabilidad patrimonial, ya como administrador de hecho o de derecho o como cómplice.

En cuanto a la problemática de los grupos de sociedades es de citar por su importancia la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, constituida sobre la base del marco delimitado por la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, concerniente a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad y la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, sobre las cuentas consolidadas, así como por Reglamento (CE) N° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, con respecto a la aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad y Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

La pertenencia de la sociedad concursada a un grupo societario tiene aspectos sustantivos derivados principalmente de la consideración de las sociedades integrantes del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios como «personas especialmente relacionadas» con el deudor (art. 93.2,3°), con lo que les son de aplicación el mismo régimen previsto para el socio único al que antes hicimos referencia.

La definición legal del grupo de sociedades al que remiten otras disposiciones normativas la encontramos en el art. 42 del Código de Comercio. En esta disposición normativa se sustituye

el concepto de centro de decisión por el del centro del control²⁶.

De esta manera, el vigente art. 18 de la LSC señala que a los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el art. 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

El art. 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, regula por su parte la concentración económica, situación que se produce, conforme a su apartado b), entre otros supuestos, en los casos de la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

En los arts. 134 y ss. de la LSC se establecen las limitaciones de los negocios sobre las propias participaciones o acciones por parte de las sociedades capitalistas, regulando igualmente las prohibiciones de celebración de negocios jurídicos con sociedades del mismo grupo.

Por otra parte, los administradores responderán por la vía del art. 367 de la LSC por no convocar la Junta General de la sociedad en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso. Los administradores concursales podrán ejercitar tales acciones (art. 48 quáter LC).

²⁶ Dicha disposición parcialmente transcrita norma: según el cual: " Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.