

EXCESOS EN LA TEORIA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS PERSONAS JURIDICAS*

SUMARIO

- I.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.-**
- II.- SOCIEDADES DE SOCIO UNICO:**
 - A). La Duodécima Directiva Comunitaria, de 21 de Diciembre de 1989.
 - B) La Circular nº 2-020 de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 28 de Junio de 1990.
 - C). La Circular nº 2-034 de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 29 de Diciembre de 1992.-
- III.-LA SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1990 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE SANTOÑA.-**
- IV.-LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTANDER DE 24 DE MAYO DE 1993.-**
- V.- CONCLUSION FINAL APRESURADA.-**

I.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.-

Es sabido -aunque a veces y ante algunos excesos de la *praxis* conviene recordarlo- que el Derecho en su actuar realiza dos funciones esenciales que, en una descripción simplista, son, por una parte, el reconocimiento de las realidades anteriores a él que, por prejurídicas, resultan, en cierta medida, sustancialmente inmutables; y, por otra parte, la creación o invención de nuevas formas capaces de facilitar, adecuar y ordenar las conductas humanas de alteridad.

El Derecho, en esta segunda función -y esta es materia de esta breve reflexión- crea a la persona jurídica, que sitúa al lado del hombre -persona física- respecto del que, lógica-

(*) Redactó estas líneas -resumen de un curso de doctorado impartido este año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria- desde el afecto antiguo, sincero y profundo al Profesor Sancho Rebullida -a mi maestro D. Francisco- de imborrable impronta en mi formación jurídica y humana.

mente, solo cabe un mero reconocimiento o simple proclamación. La realidad incontrovertida e indiscutible del hombre se enfrenta así, de algún modo, a la entelequia de la jurídica.¹

Así pues, la persona jurídica es, en este sentido, una categoría dogmática que, en opinión de DE LOS MOZOS, viene a vincularse de alguna manera "a las llamadas teorías realistas, es decir, a aquellas que ven en esta forma jurídica, no una invención artificiosa de la norma, sino la traducción al mundo del Derecho de un fenómeno de la realidad social".²

Y efectivamente parece ser así, pues en este supuesto el Derecho en su afán ordenador no se desvincula absolutamente de la previa realidad social sino que, muy al contrario, recoge como en tantas otras ocasiones la obra anterior que, por eso precisamente, la juridiza, haciéndola entrar de esta manera en el ordenamiento jurídico. Esta idea, clásica en el pensamiento jurídico, la expresa ya CASTAN TOBEÑAS cuando considera que "el Derecho no interviene brutalmente, por motivos de pura oportunidad, para decir que lo que es pluralidad será unidad. No hace sino secundar, desenvolver, traducir en términos jurídicos lo que existe ya en la concepción práctica social. La función del Derecho, en esto como en todo, es normativa: no hace sino recoger una idea ya elaborada en la vida social".³

Parece natural entonces que el desarrollo de la actuación de esa realidad que el Derecho toma en consideración, cual es en nuestro discurso la persona jurídica, se haga para atender y cumplir a los fines que la motivan y siempre, desde luego, con arreglo al principio general de buena fe, irrenunciable en la concepción del Derecho.⁴ Y si la utilización de la institución así nacida se hiciera inadecuada, torcida o fraudulenta, no cabe duda que el Derecho debería reaccionar como hace- ante el mal uso -ante el abuso- que aquella actuación perpetre.

El abuso que, en determinados casos, se ha hecho del concepto de persona jurídica es evidente,⁵ pero ello en modo alguno puede conducir al exceso que supondría abandonar y

1. DE CASTRO, *La persona jurídica*. Madrid, 1981, pág.261, magistralmente sintetiza que "el hombre, la persona física, es una realidad con la que ha de contar el Derecho como algo inmediato y de insoslayable consideración. La persona jurídica, por el contrario, ni se la ve ni se la toca; se nos presenta con los signos de una entelequia jurídica".

2. DE LOS MOZOS, *Derecho civil.Método, Sistemas y Categorías Jurídicas*, Madrid, 1988, pág.240.

Los excesos de algunas posiciones en el tema son sintetizados por DIEZ PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol.I, pág.620, 8ª edición Madrid, 1992. "La negación radical de la persona jurídica -señala- es característica de la teoría pura del Derecho que ve en ella una construcción puramente científica. El orden jurídico sólo toma en consideración la conducta humana, y cuando se dice que el mismo concede a una agrupación personalidad jurídica, significa que estatuye derechos y obligaciones cuyo contenido es la conducta de los seres humanos que son los órganos o los miembros de la agrupación. Así como la persona física es la mera expresión unitaria del conjunto de todas las normas que tienen por objeto la conducta del hombre, es decir, un concepto que alude a un orden jurídico parcial (el que tiene como referencia actos o conductas del hombre), la persona jurídica es también la personificación de un orden jurídico parcial que tiene como base la conducta recíproca de una pluralidad de hombres que persiguen un fin común. Tanto la persona física como la jurídica son para Kelsen meros medios auxiliares del conocimiento jurídico". Y concluye, tras el examen de las posiciones fundamentales en el tema que "a la persona jurídica se la ve como una admirable creación del lenguaje jurídico. La función de este término no es la de designar o escribir algo existente, sino la de permitir la formulación de proposiciones capaces de condensar por sí solas complicados discursos en torno a las relaciones entre colectivos de personas. El problema de la persona jurídica, se dice, no es el definir qué cosa sea, sino el de determinar las condiciones para el uso de este concepto, que son puestas indudablemente por las normas jurídicas".

3. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo 1, vol.2, 10ª edición, Madrid, 1963, págs.381 y siguientes.

4. Cfr. DE LOS MOZOS, *Derecho civil*, cit., págs. 211 y siguientes. También, y entre otros, DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965; CASTRO LUCINI, *Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del profesor Federico de Castro*, en "Anuario de Derecho civil", 1983; MIGUEL GONZALEZ, *La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho civil*, en "Anales de la Academia Matritense y del Notariado, 1990; CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del Diritto privato*, Milán, 1970; SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato*, Turín, 1960.

5. LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRIA Y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil*, Tomo I, vol.2, págs.255 y 256, Barcelona, 1990, ponen de relieve que en la práctica no ha sido extraña la figura del defraudador que pretende utilizar la figura de la persona jurídica para ocultar su personalidad individual y aprovecharle así, ilegítimamente, de la limitación de responsabilidad, refiriéndose a un caso fallado en la Cámara de los Lores en 1897. Este caso fue el siguiente: "Salomón constituyó con su mujer y sus hijos una sociedad de la que se nombró el mismo administrador, y en cuanto tal administrador constituyó en favor de sí mismo unas obligaciones privilegiadas: una deuda de la sociedad frente a él, preferente a los demás créditos. Llegada la liquidación de la sociedad por no marchar bien sus negocios, Salomón hizo valer su condición de acreedor privilegiado para cobrar absorbiendo todos los bienes de la sociedad en perjuicio de los restantes acreedores, a quienes nada valió entonces alegar que siendo Salomón el verdadero y único dueño de la sociedad, ésta no era sino una ficción para salvar el crédito de aquél argumento que no fue aceptado por la Cámara". Como puede verse, estamos en presencia de un auténtico fraude, consistente en la utilización abusiva e inadecuada de la persona jurídica para fines distintos de aquellos para los que crea el Derecho semejante figura. En aras de la verdad debe decirse que, si bien el fallo dicho no merece, desde luego, aplauso, fue después la jurisprudencia anglosajona la que acuñó la feliz expresión *levantamiento del velo* para referirse al procedimiento judicial previsto para evitar semejantes excesos.

prescindir de su concepto,⁶ sino que deberá acudir al adecuado expediente corrector de semejante abuso que a nuestro propósito -y entre otros medios de que el Derecho dispone- es el que conocemos con la denominación de **teoría del levantamiento del velo**, que no es más que la "técnica judicial consistente en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, *levantar su velo*, y así examinar los reales intereses que existen o latén en su interior. En suma, adentrarse en el seno de la persona jurídica para de este modo poner coto a los fraudes y abusos que por medio del *manto protector* de la persona jurídica se pueden cometer".⁷

La procedencia tanto teórica como práctica de la teoría es indudable, e igualmente es de destacar el acierto, el rigor y la precisión con que el Tribunal Supremo la ha venido aplicando, resaltando siempre, con la medida y prudencia empleada, el carácter excepcional de su utilización.

En este sentido destacamos, en primer lugar, la **Sentencia de 28 de Mayo de 1984**,⁸ referida al siguiente caso:

"La demandante, una sociedad anónima, entabló demanda de mayor cuantía contra la Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado S.A. y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca sobre indemnización de los daños ocasionados en sus instalaciones por inundaciones y humedades resultantes de averías producidas en la red de abastecimiento de agua de aquella localidad. Se opusieron los demandados, y después de que se acumularan a los autos otros seguidos a instancia de la misma demandante contra una tercera compañía, denominada ESA, el Juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda. La sociedad actora interpuso recurso de apelación que fue estimado en parte por la Audiencia. La Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado S.A. formuló recurso de casación".⁹

El Tribunal Supremo formula la teoría del levantamiento del velo manifestando, entre otros aspectos, "que ya desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el

6. Vid. DE LOS MOZOS, *Derecho civil*, cit., pág.244 y siguientes, en dónde recoge sintéticamente la más expresiva bibliografía sobre la cuestión apuntada.

7. DE ANGEL YAGÜEZ, *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Madrid, 1990, pág. 14.

DÍEZ-PICAZO, op.cit., págs.621 y 622, refiriéndose a esta importante cuestión pone de relieve que: "En la actualidad se habla continuamente de la crisis de la persona jurídica. Crisis que es indudable si se parte de la base de identificarla con la sociedad anónima. Es ésta la que ha entrado en crisis por una *aplicación radical* del hermetismo de la persona jurídica. Al separar la personalidad de la sociedad de la de sus componentes o asociados, haciendo abstracción de éstos cuando aquélla nace a la vida jurídica, cumplimentando requisitos meramente formales, se introduce el cambio para cualquier *fraude o actividad ilícita*. Principalmente se busca eludir la norma del artículo 191 del Código civil, según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (responsabilidad ilimitada). Se recurre a la fundación de una sociedad anónima en la que aparecen suscribiendo su capital (acciones) el único suscriptor real con sus amigos, parientes, y en algunas ocasiones, sus empleados. De hecho el capital social ha sido suscrito por aquél, y el reparto de las acciones entre los demás se hace para *vestir* a la sociedad, para darle realidad legal, apariencia de sociedad. Así se logra que su actividad (porque es el único dueño real de la sociedad) se desenvuelva sin peligro ninguno bajo el velo de una sociedad anónima. De sus deudas responderá ese ente ficticio (la sociedad con personalidad jurídica), nunca su propio patrimonio."

A pesar de que DÍEZ-PICAZO, en nuestra opinión, tal vez se ocupe de este tema con excesiva generalidad, no cabe duda que deja expresada la idea de que es el fraude o la actuación ilícita la premisa para el abuso a que se refiere. (Los subrayados son nuestros).

Por su parte SERICK, *Apariencia y realidad de las personas jurídicas*, trad. Puig Brutau, Barcelona, 1959, sitúa perfectamente el problema a que nos referimos diciendo que "Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva, el juez puede descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual se ha de prescindir, en tales casos, de la radical separación entre la persona jurídica y sus miembros componentes. El abuso existe cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y, en general, para defraudar".

En el mismo sentido, manifiesta LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho civil*, Tomo I, pág.341, Madrid, 1992 que "No es de extrañar que hayan sido los tribunales norteamericanos los primeros en llegar a semejante conclusión: el capitalismo salvaje y la idea de enriquecimiento rápido inherente a su sistema económico (trasplantado sin duda al resto de las *sociedades occidentales*) ha provocado, verbigracia, traspasos millonarios de sociedades matrices a sociedades filiales (o viceversa), dejando a los acreedores con dos palmos de narices, pues la limitación de la responsabilidad (dato técnico) amparaba semejante resultado, pese a la evidente corruptela. Se resuelve, pues, evitar tal desenlace acudiendo a la idea figurada de 'levantar el velo' (*to lift the veil*) o de desentenderse de la personalidad jurídica (*disregard of legal entity*) de las personas jurídicas y analizar el fondo de la cuestión para llegar a soluciones presididas por la Justicia".

8. Vid DE ANGEL YAGÜEZ, op.cit., págs. 23 y sigtes., en dónde se toman estos datos y en la que se estudia con rigor y minuciosidad el supuesto al que aquí únicamente nos referimos por vía de ejemplo.

9. Ponente de esta Sentencia fue D. Carlos de la Vega Benayas.

conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, 1, y noveno, 3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (artículo séptimo, 1, del Código civil), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley concede 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 como camino del fraude (artículo sexto, 4, 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, 2, del Código civil) en daño ajeno o de los derechos de los demás (artículo 10 de la Constitución) o contra intereses de los socios, es decir de un mal uso de su personalidad, de un "ejercicio antisocial" de su derecho (artículo séptimo, 2, del Código civil), lo cual no significa -en el supuesto contemplado- que haya de soslayarse o dejarse de un 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 los testaferros o de otra sociedad, según la doctrina patria".

En la misma línea de rigurosa aplicación de esta teoría, podemos señalar también la **Sentencia de 16 de Julio de 1987**,¹⁰ referida al siguiente caso:

"Don Antonio C.D. formuló demanda contra Caja Rural Cooperativa Agrícola San Isidro de Jumilla, sobre reclamación de cantidad, con súplica de que se condenase a la demandada a reintegrarle la cantidad de 16.109.920 pesetas. Decía el demandante haber abierto en la entidad demandada una cartilla de ahorro a la vista, en la que fue efectuando diversos ingresos y reintegros y que a la fecha de la demanda arrojaba un saldo a su favor coincidente con la cantidad demandada. Habiéndose personado en las oficinas de la demandada para efectuar un reintegro, éste le fue negado por que se decía en la oficina cumplir un acuerdo de la Junta Rectora de congelación de saldos por tiempo indefinido. Por parte de la demandada se adujo que la libreta de ahorro era de la Caja Rural de Jumilla, Cooperativa de Crédito, entidad jurídica distinta de la demandada, cuya denominación, también diferente era la de Caja Rural Cooperativa Agrícola San Isidro de Jumilla. El Juzgado estimó la demanda, excepto en cuanto a los intereses. La Audiencia confirmó la Sentencia del Juzgado, pero imponiendo las costas de instancia a la entidad demandada, sin declaración sobre este extremo en cuanto a la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad demandada"¹¹

El abuso de la personalidad jurídica se detecta mediante la constitución como sociedad cooperativa distinta de la que, en realidad, no era más que la sección de crédito de otra sociedad cooperativa. Y la Sala con justeza manifiesta que "no se puede amparar el abuso de derecho, en este caso apreciable en la pretensión de llevar a sus últimas consecuencias la personalidad jurídica, cuando esa personalidad oficial no responde a la realidad, pretensión de apariencia legal correcta, pero social y éticamente insostenible y que, en el caso presente ha producido daño, lo que hace aplicable la doctrina legal que sobre el abuso del derecho tiene establecida esta Tribunal en general, en evitación de que la confusión sembrada por **sociedades que actúan en régimen de subordinación** puedan perjudicar intereses de los acreedores de la subordinada, lo que lleva incluso a la orientación doctrinal de la responsabilidad solidaria, cuando no exista norma legal expresa"¹².

10. Vid DE ANGEL YAGÜEZ, op.cit., págs. 75 y sigtes., de dónde se toman estos datos y en dónde se estudia con rigor y minuciosidad el supuesto al que aquí únicamente nos referimos por vía de ejemplo.

11. Ponente de esta Sentencia fue D. Antonio Carretero Pérez.

12. Aún cuando en un principio el supuesto que la Sentencia resuelve pudiera parecer semejante al que contemplan las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Santoña y de la Audiencia Provincial de Santander, de que luego nos ocuparemos, es necesario poner ya aquí de manifiesto que, como se verá, en éstas las sociedades afectadas son independientes y no subordinadas tienen socios diferentes, se encuentran vivas y ni su constitución ni su utilización obedeció a alguna maniobra o actuación fraudulenta, ilegal o abusiva. Además, cada una de las sociedades posee un órgano de administración colectivo, bajo la forma de Consejo de Administración, de composición diferente.

Son conocidas las cada vez más amplias referencias bibliográficas a esta teoría¹³ y, como se ha dicho, su procedencia tanto teórica como práctica es indudable, pero cada vez más se detecta -y ello es grave, enormemente grave, a nuestro juicio- una poca precisa -e incluso poco jurídica- utilización de la misma, de su aplicación y de su propia concepción que, sin duda, constituye un censurable exceso que, aunque disfrazado a veces con pretextos variados, es necesario avisar y denunciar. Y este es el propósito que con estas líneas se pretende.

II.- SOCIEDADES DE SOCIO UNICO.-

Como supuesto típico de procedencia de la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas, y entre otros varios, se venía citando tradicionalmente el caso de las sociedades de un solo socio, pero tal vez esta inclusión merezca, en el momento presente, alguna concreta y puntual aclaración¹⁴

Partiendo de la consideración, ya dicha, de la recta utilización de las instituciones jurídicas, y excluyendo por ende toda idea de fraude, abuso o ilegalidad, tal vez sea procedente cuestionarse aquí la licitud o ilicitud de la previa limitación de responsabilidad en la actuación mercantil. Es decir la virtualidad y validez de la previa delimitación de las condiciones de juego en el complejo ámbito de las relaciones económicas en que se desenvuelve actualmente el desarrollo de la actividad mercantil. Y ello porque, entre otras razones, cabe pensar que la sociedad de un solo socio, fundamentalmente, no es más que un medio para limitar la responsabilidad personal, posibilidad ésta que entendemos honesta, lícita y legal, aunque debatida en algunas instancias.

Con estas premisas, debemos referirnos -con la concisión que estas líneas requieren- a las diferentes posiciones mantenidas, de un lado, por la Duodécima Directiva Comunitaria de 21 de Diciembre de 1989 -de gran importancia en el panorama societario actual-, y, de otro, por las Circulares nº 2-020 y 2-034, de 28 de Junio de 1990 y 29 de Diciembre de 1992, respectivamente, ambas de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Los diferentes entendimientos del concepto último de la persona jurídica que en las disposiciones señaladas se mantienen y expresan -con fines distintos, desde luego merecen,

13. Entre las obras más conocidas en la materia, y sin perjuicio de las abundantes referencias en las obras generales, cabe citar las siguientes: CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984; DE CASTRO, *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, en "Anuario de Derecho civil", 1949; DE CASTRO, *Ofensiva contra el concepto de persona jurídica*, en "Anuario de Derecho civil", 1961; DE CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid, 1981; DE LA CAMARA, *Sociedades comerciales: El empresario individual de responsabilidad limitada. El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Necesidad de la escritura pública en la constitución de las sociedades comerciales y sus modificaciones*, en "Revista de Derecho Notarial", Julio-Diciembre, 1973; SERICK, op.cit..

14. Vid. DE LOS MOZOS, *Derecho civil*, cit., pág. 248 y 249, donde se pone de relieve que "Los abusos a que se ha prestado esta concepción de la persona jurídica -se refiere a la impenetrabilidad llevada a ultranza- han dado lugar a una amplia reacción doctrinal, jurisprudencial y legislativa, renaciendo una concepción de la persona jurídica mucho más técnica, y que se ha ido manifestando a la medida que se han denunciado tales abusos, lo que ha tenido lugar, fundamentalmente, en relación con los temas siguientes: ...c). En en Derecho de sociedades anónimas merece especial mención la llamada sociedad de un solo socio, en cuyo caso se considera que no actúa la limitación de responsabilidad propia de las sociedades de capital".

De manera general, y entre otras, pueden verse sobre el tema de la sociedad de un solo socio las siguientes obras: ALONSO ÜREBA, *La sociedad unipersonal*, en "La Reforma del Derecho español de Sociedades de capital", Madrid, 1987; BISAL MÉNDEZ *La sociedad anónima unipersonal*, en "La Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas", Madrid, 1987; MUÑOZ DE DIOS, *Sociedad anónima de socio único. La Resolución de la DGRN de 21 de Junio de 1990*, en "Derecho de los Negocios", 1990-1991; GUI MORI, *La sociedad unipersonal. Comentario a la R. 21 Junio 1990 DGRN*, en "La Ley", 1990-4, págs. 886 a 896; AURIOLES MARTIN, *La sociedad anónima unipersonal en la reciente jurisprudencia. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre de 1985)*, en "Revista de Derecho Mercantil", núms. 179-180, 1986; BOQUERA MATARREDONA, *La concentración de acciones en un solo socio en la sociedad anónima*, Madrid, 1990; BADIA LABAL, *Sociedades unipersonales o de accionista único*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 1986-3; GARCIA COLLANTES, *Sociedades unipersonales: nuevas orientaciones*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", Tomo XXXI, 1990-1991; OLIVENCIA RUIZ, *Sociedades unipersonales de entes públicos en el Derecho español. (Estudio especial de las sociedades estatales de radio-difusión y televisión)*, en "Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra-Estudios en Homenaje ao Prof. Doctor Antonio de Arunda Ferrer Corea", Coimbra, 1989; SUAREZ SANCHEZ-VENTURA, *La sociedad unipersonal. (Comentario crítico a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 y 14 de Noviembre de 1985)*, en "Revista General del Derecho", nº 500, 1986; SUAREZ SANCHEZ-VENTURA, *Las sociedades de un solo socio: ficción o realidad*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 1987-3; SOTO BISQUERT, *La sociedad unipersonal*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", Tomo XXIX, 1990; VICENT CHULIA, *Massa o Mussitur S.A.: esta es la cuestión. (Comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de Junio de 1990)*, en "Revista General del Derecho", núms. 550-551, 1990.

desde la más rigurosa y exigente perspectiva jurídica, muy distinto juicio valorativo que, en nuestra opinión, inmediatamente podrá apreciarse sin ningún género de dudas.

A).-La Duodécima Directiva Comunitaria de 21 de Diciembre de 1989.

En esta línea resulta muy esclarecedor el somero examen -simple referencia- a la **Duodécima Directiva Comunitaria, de 21 de Diciembre de 1989 (89/667/CEE) en materia de Derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único**¹⁵ Y si bien es cierto que la misma se circunscribe únicamente al tipo societario que anuncia, es lo cierto que posee, en su amplia interpretación, un sentido general que puede servir de orientación europeísta en el tema¹⁶.

En la exposición que en la propia Directiva realiza el Consejo, destaca en primer lugar la consideración de "que conviene prever la creación de un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual en toda la Comunidad, sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros que, en casos excepcionales, imponen una responsabilidad a dicho empresario con respecto a las obligaciones de la empresa".

No repugna, pues, ni doctrinal ni legislativamente que *a priori*, y fuera de cualquier actuación fraudulenta, el empresario delimite con tal carácter el campo de su responsabilidad.¹⁷

15. Publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Económica (DOCE), n° L. 395, de 30 de Diciembre de 1989.

Al respecto debe resaltarse con DUQUE DOMINGUEZ, *La 12ª Directiva del Consejo sobre la Sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada*, en "Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea-Estudios en homenaje de José Girón Tena", Madrid, 1991, pág. 274, que "Aunque cuando se habla de una sociedad unipersonal se ha venido pensando tradicionalmente -dentro de las sociedades de capital- en la sociedad anónima, la Directiva comunitaria ha utilizado la sociedad de responsabilidad limitada. Las razones para esta elección radican seguramente en el objetivo de política jurídica que la Directiva trata de conseguir y que justifican materialmente sus preceptos. En efecto, la mayor objetivización y despersonalización de la sociedad anónima, visible en la aptitud para circular de las acciones es contrapesada por la sociedad de responsabilidad limitada con el mayor grado de personalismo que conserva su estructura -la inexistencia de acciones sustituidas por participaciones, el círculo más cerrado de sus socios (a veces en número limitado), el régimen de adopción de acuerdos y de administración, etcétera-. Esta diversidad de estructura responde a un tipo de sociedad para pequeñas y medianas empresas, gestionado en común bajo el principio de la responsabilidad limitada. Por estas razones, el legislador comunitario ha utilizado la sociedad de responsabilidad limitada cuando ha tratado de organizar una empresa en la que el titular individual mantenga todas las prerrogativas del empresario y, al mismo tiempo, disfrute de la limitación de responsabilidad al importe del patrimonio empresarial, colocando su patrimonio particular -esto es, no empeñado en la realización de la actividad empresarial- al margen de la acción de los acreedores comerciales -además de obtener otras ventajas-".

En la misma línea, ALONSO UREBA, *La 12ª Directiva comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990*, en "Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea-Estudios en homenaje de José Girón Tena", Madrid, 1991, pág. 72, resalta la progresiva admisibilidad en Europa de las sociedades de socio único, poniendo de relieve que "lo verdaderamente significativo es que este proceso iniciado en Alemania no es aislado en el Derecho europeo. Y así, en el país tradicionalmente más opuesto a la sociedad de capital unipersonal en cualquiera de sus manifestaciones, Francia, se va a introducir igualmente una reforma del Derecho vigente en orden a acoger, al igual que en el Derecho alemán, la fundación originaria de una sociedad de capital por un único-fundador, manteniéndose a su vez la opción asumida ya en la legislación societaria de 1966 en el sentido de que la concentración sólo "faculta" para pedir la disolución, sin que a su vez se conecte a dicha concentración un régimen especial de responsabilidad del devenido "socio único", si bien se establecen otras garantías complementarias en protección de terceros. En esta misma orientación se sitúa la reciente reforma del Derecho belga en 1987 y la proyectada en Luxemburgo en 1985".

16. El artículo 6 de la propia Directiva, ya dispone al efecto que: "Cuando un Estado miembro admita también para la sociedad anónima la sociedad unipersonal definida en el apartado 1 del artículo 2, se aplicarán las disposiciones de la presente Directiva".

Y al respecto puntualiza ALONSO UREBA, op.últimamente cit., pág. 84, que "en este sentido, la admisión en nuestra praxis, doctrina más reciente (Duque, Alonso Ureba, Sacristán Represa) y jurisprudencia (RDGRN de 21 de junio de 1990) de la sociedad anónima devenida unipersonal pese a su no reconocimiento expreso en nuestro Derecho positivo, debe llevar a que cuando se introduzca la Directiva en nuestro Ordenamiento, se contemple también su aplicación a la sociedad anónima devenida unipersonal. Asimismo, en cuanto que la sociedad anónima creada por un ente público como único socio es objeto de admisión expresa en el artículo 14.2 TRLSA, y dado que la Directiva no establece ninguna excepción al respecto, la introducción en nuestro Derecho de la misma, deberá igualmente, contemplar dicho supuesto.

17. Acertadísimo plantea la cuestión DUQUE DOMINGUEZ, op.cit., pág. 243 y sigtes., cuando al referirse a la situación actual del empresario individual señala que: "Creo que puede reducirse a lo siguiente. La persona que quiere ser empresario dedica unos bienes de su propiedad -o que se procura mediante contratos con terceras personas-, organiza su empresa y comienza su actividad. El impulso inicial y el desarrollo ulterior de su actividad se encuentra marcado por el drástico principio tradicional de la responsabilidad personal e ilimitada, con todos sus bienes, presente y futuros, que establece, recogiendo el tradicional principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio de la persona, el artículo 1.911 CC. Enunciado así, abstractamente, puede resultar poco amenazador, escasamente trascendente y de existencia legitimada por la larga vigencia y porque se aplica a todos los sujetos, sean empresarios o no lo sean.

Pero si se reflexiona sobre su contenido, y sus consecuencias económicas, sociales y técnicas, se llega a la conclusión de que es desproporcionado con las condiciones en que se realiza la actividad empresarial en el momento presente. Es, en primer lugar, radicalmente amenazador para el empresario individual. La consecuencia de este principio es que el empresario individual no tiene la posibilidad jurídica de escindir y de aislar los bienes empleados en su actividad de empresa del resto de sus bienes personales".

Por ello, la Directiva comentada admite la existencia de las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, las cuales podrán poseer tal característica tanto “en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular”.¹⁷

Evidentemente, la opción por la sociedad unipersonal no es impuesta sin más en la Directiva -ello iría contra su propia naturaleza-, sino que se admite que la particular legislación de cada Estado miembro prevea otras posibilidades¹⁸ que permitan al empresario, precisamente, acotar con carácter previo esa responsabilidad a que nos venimos refiriendo y que puede perfectamente derivarse de una lícita, aunque desacertada, actuación¹⁹.

La prudencia empresarial, entendemos, se ve de este modo protegida, como debe serlo dentro del ordenamiento cualquier conducta humana lícita. Negar sin más esta posibilidad sería tanto -y son simples ejemplos- como negar la licitud de la celebración de un contrato de seguro a fin de protegerse prudente, diligentemente y *a priori* de un siniestro posible y, naturalmente, ni deseado ni buscado; o incluso negar la virtualidad real y efectiva de unas capitulaciones matrimoniales en las que, oportunamente y sin fraude o maquinación alguna, establecieran entre los cónyuges un sistema económico matrimonial de separación de bienes.

La Directiva comentada, como le es propio, da una serie de normas de regulación de estas sociedades unipersonales a fin de cuidar, fundamentalmente a efectos de aclaración y prueba, algunos de sus aspectos más peculiares²⁰, pero lo verdaderamente importante a los efectos pretendidos es, precisamente, su admisión sin reticencia o excepcionalidad alguna. E incluso debe resaltarse el cuidado del legislador comunitario por mostrar claramente que la figura de la persona jurídica -de la sociedad en este caso concreto- no es causa de encu-

17. Vid. el artículo 2, 1 de la Directiva.

18. El artículo 7 dispone al efecto que “Un Estado miembro podrá no permitir la sociedad unipersonal cuando su legislación prevea, para los empresarios individuales, la posibilidad de constituir empresas de responsabilidad limitada al patrimonio afectado a una actividad determinada, siempre y cuando se prevean, con respecto a estas empresas, unas garantías equivalentes a las impuestas en la presente Directiva, así como en las demás disposiciones comunitarias que se aplican a las sociedades mencionadas en el artículo 1”.

19. En este sentido es de destacar la posición portuguesa que opta por un expediente jurídico de limitación de responsabilidad del empresario individual, sin la necesidad estricta de acudir a la constitución de una sociedad para el logro de tal finalidad.

20. Entre otros, pueden destacarse aquí el artículo 4, que dispone que “1. El socio único ejercerá los poderes atribuidos a la junta general. 2. Las decisiones adoptadas por el socio único en el ámbito contemplado en el apartado 1 deberán constar en acta o consignarse por escrito”.

Al respecto ALONSO UREBA, op.cit., pág.91, precisa que “el artículo 4 de la Directiva viene a incidir en una cuestión básica en el debate doctrinal y jurisprudencial europeo sobre la sociedad unipersonal hasta los años 70 del presente siglo: la subsistencia y funcionamiento normal de los órganos sociales, no obstante la unipersonalidad y en concreto de la Junta General, pues se negaba en sectores de la doctrina tradicional latina (Francia, España, fundamentalmente) la *compatibilidad entre Junta y unipersonalidad*.”

El artículo 4.1 confirma la doctrina germánica sobre la subsistencia de la Junta como tal órgano no obstante la existencia de un único socio, separando así los conceptos de órgano de la persona jurídica (esfera de competencia) y miembros del órganos (persona o personas facultadas para ejercer esas competencias). Este es el sentido del precepto que, en definitiva, no hace sino afirmar que el socio será único miembro de la Junta y en cuanto tal asumirá las competencias de dicho órgano siempre que se constituya y actúe como Junta.

A su vez, el artículo 4.2. somete la “decisión” del único socio cuando éste se constituye en Junta, a las mismas formalidades del “acuerdo” adoptado por una pluralidad de socios constituidos en Junta General, y de ahí la exigencia de que deba constar en acta o consignarse por escrito.

Ambos apartados del artículo 4 vienen, por tanto, a confirmar la aplicación del régimen general sobre la Junta en los casos de unipersonalidad, debiendo tan sólo omitirse lo que propiamente es consubstancial a la circunstancia de que sólo existe un socio, como sucede, por ejemplo, con el régimen sobre convocatoria, cuya aplicación carecería de sentido”.

En la misma línea, el artículo 5.1. dispone que “Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad representada por el mismo deberán constar en acta o consignarse por escrito”.

Igualmente, y en relación con este artículo, precisa ALONSO UREBA, op.cit., págs.94 y 95, que “en cuanto a la constancia “en acta” tampoco se concreta a que tipo de acta se refiere la Directiva. Podría irse, por ejemplo, a la exigencia de “acta notarial”, lo que daría garantías suficientes, no sólo de transparencia, sino también de que no se puedan producir manipulaciones ulteriores. Asimismo, también cabría entender dicha “acta” en el sentido de que deba llevarse por la gerencia, cuando ésta es asumida por el único socio, un libro de actas referidas a los negocios entre el socio y sociedad, siempre que ésta actúe representada por aquél. En todo caso, el sistema específico por el que se opte en cada Estado miembro deberá ponderar tanto las exigencias de transparencia, como de evitación de manipulaciones y, a su vez, tendrá también que establecer la sanción correspondiente, aspecto éste que la Directiva deja en mano de las legislaciones nacionales, siendo trasladable aquí lo que ya exponíamos anteriormente respecto del artículo 4 en relación con la posible sanción por incumplimiento de lo previsto en dicho precepto”.

brimiento alguno de las personalidades interesadas, obligando a la publicitación en tales casos de la identidad del socio único²¹.

La Directiva comunitaria aludida, pues, creemos que merece elogio en orden a la pulcritud jurídica con que contempla el supuesto de referencia, adoptando criterios en orden a la solución de cuestiones que hasta el momento se venían planteando, todo ello en un sensato intento esclarecedor.

B).- La Circular nº 2-020 de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 28 de Junio de 1990.-

Juicio muy distinto, en nuestra opinión, merece en nuestro ordenamiento la Circular nº 2-020 de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 28 de Junio de 1990²² que, con un criterio claramente politizado,²³ confunde conceptos jurídicos fundamentales de importancia esencial para la seguridad jurídica deseable en un ordenamiento desarrollado.

Tal vez el primer comentario, *calamo currente*, que al respecto podría hacerse es el relativo a la situación de tal circular en el orden jerárquico de las disposiciones estatales, a fin de valorar su concreto efecto ordenador en su justo, aquilatado y auténtico sentido, pero los excesos verbales en su redacción son tan notables que su simple lectura exime, a nuestro juicio, tal detenimiento.²⁴

La Circular dicha se dicta, como su propio texto expresa, “con el fin de armonizar las distintas actuaciones que se vienen produciendo respecto del régimen de encuadramiento de aquellos socios que prestan sus servicios en los distintos tipos de sociedades”. Dejando a un lado lo dispuesto para las sociedades personalistas, en lo que específicamente se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada, admite, naturalmente, como principio general que los socios que trabajen personalmente en ellas tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena. Pero inmediatamente -en la conclusión tercera establece dos excepciones al principio anterior sentando al efecto que “son situaciones en las que el trabajo desarrollado por el socio no lo es por cuenta ajena: a). Bien porque se trata de actividades autónomas de los mismos **encubiertas** bajo el empleo de formas societarias de responsabilidad limitada. b). Bien porque, **dado el control del capital social, se confunde la personalidad del socio y la de la sociedad**, impidiendo que la actividad desarrollada por el mismo sea considerada por cuenta ajena”.²⁵

Huyendo de cualquier valoración jurídico-laboral, en tantos casos de marcado carácter político y coyuntural, la dicción transcrita incurre, cuando menos, en graves excesos e irregularidades que, en nuestra opinión, deben denunciarse.

Como antes ha quedado expresado, en nuestro ordenamiento es lícito y en modo alguno reproable que el empresario desee limitar su responsabilidad en los términos enton-

21. Dispone el artículo 3 que “Cuando una sociedad se convierta en sociedad unipersonal mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular, deberá indicarse esta circunstancia así como la identidad del socio único, ya sea en el expediente de la sociedad o inscribirse en el registro a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE, ya sea transcribirse en un registro de la sociedad accesible al público”.

22. Esta Circular aparece firmada por el Director General, D. Francisco Luis Francés Sánchez.

23. No es propio de esta breve reflexión jurídica entrar en la conveniencia o no de aumentar, en su caso, las prestaciones dimanantes de la Seguridad Social para los casos de jubilación desempleo y otras que pudieran sobrevenir, pero en cualquier caso la posible conveniencia política coyuntural no justifica el empleo inadecuado e impropio -malintencionado o no- de conceptos jurídicos fundamentales.

24. Para una adecuada valoración de la Circular comentada, parece conveniente situarla en el orden jerárquico de las distintas disposiciones normativas, por lo que a tal efecto recordamos que, esquemáticamente, dicha ordenación puede concretarse en los siguientes puntos: 1).- Constitución Española. 2).- Leyes orgánicas. 3).- Leyes ordinarias. 4).- Leyes de las Comunidades Autónomas, de conformidad con sus Estatutos de Autonomía. 5).- Potestad Reglamentaria de la Administración Central: a). Decretos. b). Ordenes de las Comisiones Delegadas. c). Ordenes ministeriales. d). Circulares, de las autoridades inferiores. 6).- Potestad Reglamentaria de la Administración local: a). Ordenanzas. b). Bandos. 7). Potestad Reglamentaria de las Comunidades Autónomas: a). Reglamentos de conformidad con sus Estatutos de Autonomía.

25. El exceso es tal que la Circular se aplica no sólo a supuestos de sociedades de socio único -que, en nuestra opinión, ya sería censurable- sino a supuestos en los que el socio es simplemente mayoritario, lo que acentúa y acrecienta el juicio expresado. (Los resaltados son nuestros).

ces señalados, y en este sentido el empleo indiscriminado por la Circular del vocablo “**encubrir**” es confuso e inadecuado por lo que fraude apunta.

En la misma tónica, entender que el control del capital social confunde, nada menos, que la personalidad de la sociedad y la del socio es una grave y errónea consideración que, en la misma línea que la anterior, atenta a nuestro juicio, sin razón ni distinción, contra el clásico y esencial concepto de la persona jurídica.

Aunque podrían añadirse algunas graves circunstancias concurrentes, e incidir con más profundidad en las apuntadas, el deseable ámbito de esta reflexión lo impide. Con todo si debe de destacarse un cierto movimiento de injustificada prevención respecto de la persona jurídica que, en nuestra opinión constituye una de las arbitrarias prevenciones que, directa o indirectamente, se encuadran en lo que hemos denominado “excesos” en la teoría del levantamiento del velo.

C).- La Circular nº 2-034 de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 29 de Diciembre de 1992.-

En la misma línea de la Circular anterior, incluso con mayor amplitud, la **Circular nº 2-034 de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 29 de Diciembre de 1992**²⁶ insiste en lo que, en nuestra opinión, debe calificarse de verdaderos excesos en ese movimiento que cuestiona desde tan diversas perspectivas el clásico e integral concepto de persona jurídica.

Parte esta Circular de que son notas básicas de la relación laboral la ajenidad, la dependencia y la remunerabilidad, para añadir, partiendo de ahí, que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que **el hermetismo producido por la utilización de formas societarias no alcanza valor absoluto**, de modo que no basta la existencia de dos personalidades diferenciadas para admitir la relación laboral, sino que, en determinadas circunstancias, tal relación desaparece al no darse las notas básicas antes citadas”.

Cierto es que el “hermetismo” a que la Circular se refiere²⁷ no es absoluto, pero para su apertura tiene carácter excepcional y en casos de fraude o abuso -como el propio Tribunal Supremo tiene declarado- pero en modo alguno nuestro más alto Tribunal emplea los conceptos aludidos con la generalidad y ligereza con que la Circular en cuestión lo hace. Muy al contrario, en todo momento se resalta la excepcionalidad de la aplicación de la teoría y su justificación en el fraude o abuso.

No es lugar este para el examen minucioso de las notas esenciales de la relación laboral, pero no cabe duda que en la Circular comentada late la idea de unión excesiva -de identidad, incluso- entre socio y sociedad cuando concurren determinadas circunstancias, a nuestro juicio, no excesivamente ortodoxas desde un punto de vista jurídico, ni doctrinalmente convincentes.

III.- LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE SANTOÑA DE 30 DE ABRIL DE 1990.-

Dejando el aspecto laboral a que nos hemos referido anteriormente, la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas -que con tanto rigor y acierto aplica el Tribunal Supremo- sufre también excesos desde la propia actividad judicial ordinaria en supuestos propios del más puro Derecho privado. Uno de estos casos lo constituye la la

26. Esta nueva Circular aparece también firmada por el Director General, D. Francisco Luis Francés Sánchez.

27. Y nótese el empleo del término “hermetismo”, con la carga de ocultación fraudulenta que de manera general inspira en el texto.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santoña, de 30 de Abril de 1990, a la que ahora nos referimos.²⁸

El objeto del litigio en el que aquella se produce es el siguiente:

D. Manuel, trabajador contratado por D. JMC, propietario de una Cristalería, para realizar una colocación de cristales en determinada obra, sufrió una caída con graves consecuencias y secuelas, por lo que demandó en reclamación de la indemnización correspondiente a Cristalerías C, y a la compañía mercantil "Construcciones A, S.L." que el demandante creía propietaria de la obra dónde ocurrió el accidente.

D.FA, cuyo nombre coincide en parte con el de "Construcciones A, S.L.", y que es personalmente emplazado, comparece en el procedimiento excepcionando falta de legitimación pasiva por las siguientes causas: 1ª). La entidad demandada "Construcciones A, S.L." no existe ni ha existido nunca. 2ª). Existe la compañía "Construcciones FA, S.A.", de la que es administrador, pero tal sociedad no es la propietaria de la obra dónde el accidente ocurrió. 3ª). La propietaria de la obra dónde el accidente tuvo lugar -y que debería, en su caso, haber sido demandada- es la sociedad "Construcciones Z, S.A.", compuesta por socios distintos de los de la sociedad "Construcciones FA, S.A.", y de la que también es administrador D.FA. 4ª). Se destaca que todas las sociedades mencionadas y existentes son sociedades activas, con patrimonio suficiente y con domicilio determinado y conocido desde dónde se realizan las actividades propias de su objeto. 5ª). Finalmente, se destaca también, por último, que ninguna de las sociedades tiene órgano de administración integrado por un administrador único, sino que adoptan la modalidad de Consejos de Administración, con composición personal y de capital diferente.

La Sentencia condenó a la sociedad existente "Construcciones FA, S.A.", aunque la demandada era la sociedad inexistente "Construcciones A, S.L." y la propietaria de la obra dónde el accidente ocurrió era la sociedad "Construcciones Z, S.A."

La fundamentación del fallo, en lo que aquí interesa, se hace basándose en la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica, señalando al efecto lo siguiente: **"En este sentido, es doctrina jurisdiccional del Tribunal Supremo la que enseña que corresponde a los Tribunales examinar el sustrato de las personas jurídicas ("levantar el velo") para evitar así el abuso de su independencia o que al socaríe (sic.) de esa forma legal se perjudique los intereses ajenos, se consume un fraude, se falte a la buena fe o se ejercite un derecho antisocial (art. 7.1 y 2 del Código Civil) lo cual no significa que haya de soslayarse la personalidad de ambas entidades, sino solo constatar, a los efectos del actor y perjudicado, cual sea la auténtica y constitutiva personalidad social y económica de la empresa, en sustrato real de su composición personal y negocial a los efectos de la determinación de su responsabilidad aquiliana (sentencia de 28-5-84, 16-787, 25-1-88 y 13-5-88)"**²⁹.

La inaplicabilidad de la teoría al caso contemplado parece evidente pues en el mismo ni hay fraude ni existe grave lesión de derechos de un tercero. Lo que hay es, simplemente, una inadecuación en la persona demandada -se ha demandado mal- y, si se quiere y en último caso, una grave y peligrosa "intuición justiciera" del juzgador, sobre la que

28. Esta Sentencia fue dictada por D. Juan Pablo González González. Juez de Primera Instancia de Santoña y su Partido.

29. Debemos señalar que las Sentencias del Tribunal Supremo citadas no resultan de aplicación al caso en cuestión, no sólo por los hechos a que se refieren, sino, como se ha manifestado anteriormente, por la doctrina legal que sientan. La *Sentencia de 28 de Mayo de 1984*, se refiere a la demanda planteada por una sociedad anónima contra la "Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado S.A." y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, y como ha podido comprobarse en la referencia realizada anteriormente, en modo alguno resulta de aplicación a este caso. La *Sentencia de 16 de Julio de 1987*, que también se ha comentado anteriormente, se refiere a la aplicación del levantamiento del velo en la sociedad de un solo socio o, en general, de la persona jurídica de un único miembro, y su inaplicación al caso es palmaria. La *Sentencia de 25 de Enero de 1988*, también estudiada por DE ANGEL YAGÜEZ, op.cit., págs.111 y sigtes., se refiere al levantamiento del velo en relación con el disfrute de bienes. Y, finalmente, la *Sentencia de 13 de Mayo de 1988*, que también estudia DE ANGEL YAGÜEZ, op.cit., págs.78 y sigtes., se refiere a un supuesto similar a la antedicha de 16 de Julio de 1987, de persona jurídica de único miembro.

Resulta excusado decir que en todas ellas la idea de fraude, o grave lesión de derechos, encubierto por la "personalidad jurídica" es evidente y presupuesto del fallo.

LEGAZ LACAMBRA llamara la atención ya en su momento³⁰ y de la que, en todo caso, debe apercibirse siempre y, más aún, cuando la disonancia entre el criterio reiterado y constante del mas alto Tribunal y el del juzgador de instancia parece a todas luces evidente.

IV.- LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTANDER DE 24 DE MAYO DE 1993.-

Esta Sentencia fue dictada en apelación de la anterior proveniente del Juzgado de Santoña, confirmándola en todos sus extremos.³¹ si bien, desde luego, abandona la teoría del levantamiento del velo esgrimida en la instancia, que ni siquiera menciona. Y ya esta circunstancia produce cierta perplejidad debido a que no parece coherente confirmar un fallo judicial en todos sus extremos obviando, precisamente, la esencial fundamentación jurídica en la que aquél se basaba.

La Sala entendió que la excepción de falta de legitimación pasiva invocada, no puede ser admitida porque “dicha excepción procesal estauida en el artículo 533.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refiere según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias entre otras de 7 de febrero de 1981 y 10 de julio de 1982, no a la legitimación de la parte para ser demandada, sino a la falta de personalidad del demandado por no tener el carácter o representación con que se le demanda, cuestión ésta afectante a lo que, desde antiguo, se viene denominando *legitimatio ad processum*. En rigor, lo que late en las alegaciones del recurrente, es una impugnación de la legitimación de la capacidad de pedir válidamente la actuación del derecho subjetivo concreto, es decir, la llamada *legitimación ad causam*, cuestión distinta de la anterior y que no afecta a los presupuestos procesales sino al fondo del asunto, y cuya falta habría de determinar no una absolución en la instancia, sino un pronunciamiento desestimatorio del fondo”.

No parece coherente la solución dada por la Sala al problema realmente planteado en la contienda procesal -y que, naturalmente, el recurrente conocía perfectamente-, y más parece una solución de compromiso que busca la salvaguarda de la “intuición justiciera” referida, basándose en un argumento total y absolutamente distinto del descabellado en que la sentencia de instancia se fundaba y que, naturalmente, la Sala no se atrevió a hacer suyo. No obstante lo cual, ello no la impidió, como se ha dicho, confirmar plenamente el resultado final del fallo recurrido.

Con todo, debe destacarse que la Sala argüye un argumento que, en nuestra opinión, tampoco puede aplicarse al proceso por inadecuado, pues lo que el recurrente manifiesta es que tiene la condición jurídica de destinatario pasivo u obligado del derecho subjetivo que el demandante exige en el proceso y que -sin entrar a cuestionar su procedencia- desde luego no puede oponerse a aquél. No puede olvidarse que estamos ante la exigencia de un derecho de obligación -no real- por lo que la actuación deberá dirigirse adecuadamente contra el sujeto obligado -el otro polo de la relación obligatoria- y en modo alguno podrá ejercitarse *erga omnes*, como casi parece la Sala admitir en su argumentación.

30. LEGAZ LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943, págs. 388 y sigtes., advierte con razón que la labor interpretativa que el juez realiza no es, fundamentalmente, un acto de valoración política sino de ciencia. Si la operación del juez no hubiera de ser presidida por una objetividad rigurosa, podría incurrirse en la *transgresión de la ley*. “Su valoración política (favorable o adversa al contenido de la ley) precisa- podrá determinar su interpretación en un sentido o en otro, pero sólo hasta cierto punto; pues aún cuando dependa de la voluntad optar por una interpretación restrictiva o extensiva, favorable a la voluntad real del legislador, o al fin esencial de la institución, etc., es evidente que esa libertad no puede ir tan lejos que signifique una alteración del sentido de la ley: prueba de que no sólo lo que en la ley está claramente establecido y, por tanto, no necesita interpretación, sino incluso el sentido total de la misma, aun en lo que tiene de más indeterminado, representa una barrera que no puede ser salvada por el intérprete en tanto que permanece en su función de juzgador y no se arroga la de legislador. El intérprete ha de proceder no sólo políticamente, sino científicamente, y no puede proceder científicamente si no ve el pensamiento de la norma interpretable como un concepto dotado de una pretensión objetiva de verdad, que ha de hacerse valer en los casos particulares controvertidos”.

31. La Sala sentenciadora, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santander, estaba compuesta por los Magistrados D. Javier de la Hoz de la Escalera, D. Miguel Fernández Díez y D. Eduardo Ortega Gayé, que actuó de ponente.

En realidad, una cosa es la capacidad y otra muy diferente la legitimación y, más aún, la efectiva y real identificación de la persona del demandado, cual es el supuesto que nos ocupa. No puede olvidarse, como la más autorizada doctrina pone cuidadosamente de relieve,³² que para que una teoría general de la legitimación sea fructuosa debe pasar necesariamente por algunas fases esenciales en su construcción, entre las que se encuentra, por una parte, la “consideración de la legitimación como una condición jurídica de orden público procesal (por tanto, apreciable de oficio), cuyo cumplimiento se exige al titular del derecho a la jurisdicción para vincular en un proceso concreto donde ejercite este derecho al órgano jurisdiccional competente a dictar una sentencia de fondo, sea ésta favorable o desfavorable al sujeto legitimado”. Y, por otra, la “necesidad de considerar que el tema de la legitimación comporta siempre una *quaestio iuris* y no una *quaestio facti*, que aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, pues únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen”.

Más directamente referido al concreto argumento que la sentencia aludida emplea, debe tenerse muy presente -lo que la Sala no hizo-, como reiteradamente se ha puesto de relieve³³ que “en general, el Tribunal Supremo distingue con claridad las cuestiones que se refieren a la personalidad³⁴ (lo que en ocasiones llama “*legitimatio ad processum*” y que fundan el ejercicio de una excepción opuesta como dilatoria o perentoria) y aquello que tiene que ver con el fondo del asunto (a lo que suele llamar “*legitimatio ad causam*”).³⁵

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1991**, de gran claridad en el tema, precisa rigurosamente que la legitimación “se trata de un instituto que, tanto en sus manifestaciones de Derecho sustantivo “*legitimatio ad causam*”, como adjetivo, “*legitimatio ad processum*”, constituye un concepto-puente al servir de conexión entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y de obrar (capacidad para ser parte y para comparecer en juicio) y la real y efectiva de disposición o ejercicio, constituyendo, a diferencia de la primera, que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar, dándose lugar a que, mientras en el supuesto de las capacidades o de su falta, se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo, se haga referencia a la acción o a su falta”.

Lo cierto es que acudiendo a medios diferentes y, en nuestra opinión, muy poco consistentes e incluso dudosamente aplicables, se manifiesta un nuevo ataque a la legítima y legal identidad de una persona jurídica para hacer recaer los efectos que, por su situación en la relación fáctica a ella correspondían, en el ámbito patrimonial de otra totalmente distinta.

32. ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA, CORTÉS DOMÍNGUEZ Y MORENO CATENA, Derecho Procesal, Tomo I, volumen 1, 6ª edición, Valencia, 1992, págs.283 y siguientes.

33. Vid. FERNANDO LOPEZ, RIFA SOLER Y VALLS GOMBAU, Derecho Procesal Práctico, Tomo II, pág.205, Madrid, 1992.

34. Por su parte, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1990*, precisa que “la falta de personalidad en el demandado consiste, conforme al precepto alegado (art.533.4 LEC) en que éste no tenga el carácter o representación con que se le demanda, circunstancia meramente procesal que no puede confundirse con la falta de derecho o acción que por dar vida a excepciones perentorias, constituyen, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, el fondo del pleito, y es indudable que, ejercitándose una acción por culpa extracontractual o aquiliana, el actor, propietario de la mercancía dañada (o, lo que es lo mismo, la aseguradora que en su lugar se subroga), está legitimado por pertenecerle el derecho que reclama, y también la demandada para soportar y reconocer el ejercicio y efectividad de tal derecho, en cuanto propietaria de la grúa cuya rotura causó los daños a las mercaderías”.

35. Igualmente, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1989* rigurosamente precisa que “Debe distinguirse la *legitimatio ad processum* de la *legitimatio ad causam*, aquella como capacidad que es necesario poseer para ser sujeto de una relación procesal y poderla realizar con eficacia jurídica, sin la cual no se puede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo, mientras que ésta aparece en función de la pretensión formulada, requiriendo una aptitud específica determinada, mediante la justificación necesaria para intervenir en una *litis* especial y concreta, por obra de una relación en la que las partes se encuentran respecto a la cosa que es objeto de litigio; son, por tanto, cosas distintas y tienen diversos efectos, ya que la primera hace relación a la forma, se ha de fundar en la falta de las condiciones y requisitos que para comparecer en juicio se expresan en el art.53.2 LEC. ... mientras que la segunda se basa en la falta de acción, de razón y de derecho que asiste al que litiga”. En la misma línea, la anterior *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1982*, concreta que “la *legitimatio ad causam* se determina por las pretensiones deducidas y constituye la aptitud surgida de la justificación necesaria para intervenir en un concreto litigio, en tanto que la personalidad atañe a las calidades necesarias para comparecer en juicio, y la excepción dilatoria 2, art.533 LEC, estimada en la instancia, se refiere a la capacidad procesal, por lo que no cabe recurrir contra la sentencia alegando preceptos y doctrina legal referidos a la legitimación”.

Nuevamente se ha acudido con carácter normal a lo que debe por propia naturaleza ser excepcional, y nuevamente se ha visto privada una persona jurídica -una sociedad mercantil- de la identidad e independencia que le es propia.

V.- CONCLUSION FINAL APRESURADA.-

No cabe más, en el estrecho marco de estas notas para una reflexión, que apuntar una conclusión apresurada, inicio necesario de una meditación más profunda.

Si en su momento avisó el maestro DE CASTRO de los abusos o excesos que podrían cometerse al amparo del hermetismo de la persona jurídica, especialmente de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada, es lo cierto que tal vez estemos en ante el mismo ataque pero realizado, justamente, desde el lado contrario.

Si toda circunstancia es buena -y no sólo el fraude o el abuso- para desvelar e irrumpir en la intimidad de la persona jurídica; si además -y dentro de la más estricta licitud y rigurosa legalidad- no caben procedimientos previos de limitación de la responsabilidad individual, posiblemente estemos ante uno de los ataques más peligrosos, injustificados y gratuitos a uno de los conceptos esenciales y básicos de nuestro ordenamiento jurídico.