

Levantamiento del velo de las personas jurídicas

por

IVÁN ESCOBAR FORNOS

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

SUMARIO

1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA.
2. ORIGEN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.
3. CONCEPTO.
4. SU NATURALEZA JURÍDICA.
5. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN.
6. FUNDAMENTACIÓN.
7. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.
8. SU APLICACIÓN O RECHAZO.
9. CASUÍSTICA:
 - A) IDENTIDAD PATRIMONIAL Y PERSONAL.
 - B) LA INFRACAPITALIZACIÓN.
 - C) CONTROL DE SOCIEDADES.
 - D) ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.
10. SU APLICACIÓN EN CIERTAS RAMAS DEL DERECHO.
11. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO.
12. SU APLICACIÓN EN NICARAGUA.

1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

De acuerdo con los artículos 1 y 2 del Código Civil, las personas son naturales y jurídicas, teniendo ambas capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.

Las personas jurídicas son agrupaciones de personas naturales (1) que se organizan en asociaciones, corporaciones, fundaciones (2), sociedades civiles (3) y mercantiles (4).

Personas naturales, de acuerdo con el artículo 2 del Código Civil, son todos los individuos de la especie humana cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Las personas jurídicas, como hemos visto, son sujetos de Derecho con capacidad para adquirir derechos (5) y contraer obligaciones, las cuales constituyen una entidad distinta de las personas naturales que las componen.

Tienen un patrimonio propio, con el cual responden de las obligaciones y vinculaciones contraídas. Los socios no responden con sus propios patrimonios de las obligaciones de las personas jurídicas. Existen dos patrimonios completamente separados, el de la persona jurídica y el de los socios.

Esta limitación de responsabilidad de los socios, salvo algunas excepciones legales (6), ha permitido la inversión de capitales en sociedades, lo que

(1) Es posible que una sociedad participe como socia de otra sociedad o incluso la controle.

(2) Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, de 6 de abril de 1992.

(3) Artículo 3.175 y sigs. del Código Civil.

(4) Artículo 118 y sigs. del Código de Comercio.

(5) Sobre la naturaleza de las personas jurídicas existen muchísimas teorías, pero nos limitaremos, dada la naturaleza de este trabajo, a señalar brevemente las más importantes: a) Teoría de la ficción legal. Se funda en que las personas colectivas constituyen una ficción creada por el legislador, guiado por razones de interés general, y su capacidad está limitada por la ley, su documento de constitución y estatuto; su origen se encuentra en el Derecho romano, pasa por la edad media y moderna. SAVIGNY es uno de sus expositores. b) Teoría de la realidad. Sostiene que las personas jurídicas son tan reales como las personas naturales. Esta teoría se ha subdividido en teorías organicistas; teorías voluntaristas; teoría del interés; teoría de la propiedad colectiva, etc. c) Teoría del patrimonio adscrito a un fin. Parte de la idea que pueden existir derechos y obligaciones sin sujeto. Esta teoría niega la personalidad jurídica porque las únicas personas jurídicas reales son los seres humanos. Por tal razón considera, para explicar el caso de las personas colectivas, que lo que existe es un patrimonio afectado a un fin y se atribuyen todos los derechos a dicho patrimonio sin necesidad de crear una persona titular del mismo. Existe una teoría que niega toda personalidad jurídica, inclusive a los seres humanos, pues sólo se reconoce la existencia del derecho objetivo y niega la existencia de los derechos subjetivos (DUGUIT).

(6) En las sociedades civiles los socios no están obligados por las obligaciones sociales, salvo que así se haya convenido (art. 3.280 del Código Civil). En las sociedades colectivas mercantiles los socios son solidariamente responsables de las obligaciones de la sociedad, pero pueden limitar su responsabilidad en la escritura del pacto social (art. 137 del Código de Comercio).

estimula el desarrollo de la industria, la agricultura y el comercio y cualquier otra actividad lucrativa. A través de las sociedades y sus agrupaciones, el capitalismo ha llegado a acumular grandes riquezas y al mismo tiempo contribuyen al progreso, a niveles extraordinarios, de la tecnología y la ciencia.

No obstante los beneficios logrados por medio de las personas jurídicas, encontramos abusos en el uso de la personalidad jurídica y la limitada responsabilidad de los socios, cuando realizan actos ilícitos, ante los cuales los socios aparecen inmunes a las acciones contra su patrimonio personal. Por medio de la persona jurídica se cometen delitos (7), fraudes a la ley y daños a terceros.

Como consecuencia de ello surge la teoría del levantamiento del velo para introducirse en la organización interior de las personas jurídicas y corregir así los daños y fraudes.

2. ORIGEN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

La doctrina y jurisprudencia norteamericana, ante los abusos de la personalidad jurídica por las burlas a la ley y daños a terceros, inicia un movimiento, inspirado en el renacer de la teoría realista de las personas jurídicas, que logra llegar al interior de éstas. Se funda en razones de equidad y justicia y se materializa en la doctrina del *disregard of legal entity* (abuso de la personalidad jurídica) o *piercing corporate veil* (8) (levantamiento o conocimiento del velo corporativo).

(7) Uno de los problemas más discutidos, vinculado estrechamente a la naturaleza de las personas jurídicas, es la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Existen dos teorías sobre este asunto: *a)* La teoría de la no responsabilidad penal. Se fundamenta en la teoría de la ficción legal y tiene aceptación de muchos autores. Se esgrimen varios argumentos, pero nuestro trabajo sólo nos permite citar algunos: la persona jurídica no puede cometer delito porque estos se cometen por una voluntad inteligente que sólo existe en el hombre (Francisco CARRARA); la sociedad no comete delito porque su subsistencia tiene determinado un fin social y cuando los socios obran fuera de ese fin, no lo hacen como sociedad (FEURBACH); la pena trascendería sobre los miembros inocentes y hasta contra los que se opusieron al delito; de las sanciones en contra de los delitos sólo le son aplicables las penas pecuniarias; *b)* La teoría de la responsabilidad penal. Esta teoría es derivada de la teoría de la realidad de las personas jurídicas. Se argumenta de la siguiente manera: existe una voluntad independiente de la de los socios, de tipo orgánica; existen delitos corporativos con características propias; existen penas colectivas aplicables a las personas jurídicas como su disolución, la suspensión de actividades, la privación de privilegios, la clausura temporal, la prohibición de celebrar determinados negocios y otras.

(8) Durante la Primera Guerra Mundial se les planteó a los norteamericanos el problema de levantar o descorrer el velo de las personas jurídicas para determinar si el capital de las sociedades se encontraban en manos de extranjeros no gratos. Ejemplo de ello en el Caso Damimlier Co. No. 8. Continental Tires and Rubber Co.

Posteriormente, el jurista alemán Rolf Serick publicó en Alemania, en 1954, su obra «Rechtstform und realität jurisdichten personen», traducida al español por José Puig Brutau bajo el título: «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso del Derecho por medio de las personas jurídicas» (9). Luego se extiende esta doctrina por Europa y Latinoamérica.

No existe una denominación específica de esta doctrina y cada autor, partiendo de sus realidades, formula su denominación. Son muchas las denominaciones: desentendimiento de la entidad legal, desestimación de la personalidad jurídica, prescindencia de la personalidad jurídica, separación de la personalidad jurídica, allanamiento de la personalidad jurídica, rasgamiento del velo corporativo, penetración en la persona jurídica y otras.

3. CONCEPTO

Es difícil expresar un concepto o definición de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, dada la variedad casuística, la realidad jurídica en la que se desarrolla cada autor o tribunal, las dudas sobre su naturaleza principal o subsidiaria, y las personas jurídicas a las que se aplica.

Sin embargo, podemos decir que es una acción judicial principal que aparta la personalidad jurídica del ente o sociedad, penetra en su patrimonio para afectarlo y responsabilizar a sus socios, cuando ella protege, encubre, oculta o realiza actos que defraudan la ley, dañan a terceros, incumplen las obligaciones contractuales o extracontractuales, o realiza cualquier otro acto o hecho ilícito.

4. SU NATURALEZA JURÍDICA

Esta acción tiene carácter excepcional y principal. Lo primero porque debe respetarse, por regla general, la personalidad jurídica y, como consecuencia, sólo procede ante el uso abusivo de la misma. Pensar de otra manera se prestaría a la inestabilidad de las operaciones de las personas jurídicas y abusos de terceros. La jurisprudencia de los países anglosajones se funda en la regla jurídica de que las personas jurídicas deben ser consideradas como sujetos jurídicos distintos de las personas físicas de sus miembros, mientras no exista motivo razonable para afirmar lo contrario.

Lo segundo porque es una acción que se puede ejercitar directamente, sin esperar que se agoten otras acciones o teorías (simulación, revocatoria pau-

(9) Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1958.

liana, el abuso del derecho, la teoría de los propios actos, el fraude a la ley). Una vez que se levanta el velo se averigua si se dio o no el abuso. Si no se dio se declara sin lugar la acción, y si existió aplicará las sanciones pertinentes del fraude, simulación, etc. Existe una acumulación de acciones complementarias.

El tema no es pacífico porque existen autores y tribunales que la consideran subsidiaria, lo cual significa un considerable retraso procesal.

5. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN

En la doctrina se señalan dos presupuestos para la procedencia de la aplicación del levantamiento del velo:

- a) Elementos de los que pueda presumir el juez un abuso de la personalidad jurídica. Este levantamiento permite penetrar al interior de la sociedad y descubrir la verdad si se realizó o no fraude. Si al levantarse el velo se descubrió el fraude, se aplicarán las sanciones y se acogerán las acciones acumuladas a la acción del levantamiento del velo.
- b) Otro presupuesto fundamental es que exista una persona jurídica o que se simule su constitución para abusar con ella mediante fraudes a la ley y perjuicios a terceros.

Es importante advertir que existen autores que sostienen que esta doctrina del levantamiento del velo sólo se aplica a las sociedades, pero no faltan otros que la extienden a todas las personas jurídicas.

6. FUNDAMENTACIÓN

El ordenamiento jurídico no puede permitir que se use la personalidad jurídica para defraudar la ley, incumplir las obligaciones legales, contractuales y extracontractuales, abusar del derecho de las minorías en las sociedades, burlarse de los acreedores, infracapitalizar las sociedades, controlar las sociedades para trasladar los riesgos en operaciones peligrosas, etc.

Las causas anteriores, y otras que se pueden sumar, justifican que se levante el velo de las sociedades para conocer la verdad de los abusos que se pudieran haber cometido, y en caso afirmativo aplicar las sanciones y acoger las acciones pertinentes.

7. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

Están legitimados activamente todas aquellas personas que hayan sido perjudicadas por la simulación y fraude a la ley, defraudados sus créditos, por incumplimiento de la obligación, sufrido la infracapitalización y cualquier otro daño en sus derechos.

Los demandados deben ser la sociedad, los socios involucrados en el abuso de la personalidad jurídica, los socios contratantes, las sociedades contratantes y todos aquellos que por tener legitimación pasiva son legítimos contradictores.

8. SU APLICACIÓN O RECHAZO

En la ciencia jurídica mucho se ha discutido sobre la aceptación o rechazo de esta doctrina.

Para un sector doctrinal no es necesario crear y aplicar esta teoría del levantamiento del velo, pues existen otras figuras tradicionales que surten sus mismos efectos, como son la simulación, la acción revocatoria o pauliana, la responsabilidad de los socios solidarios, las consecuencias de las sociedades irregulares, el objeto ilícito del acto de las sociedades que abusan, etc. Por otra parte, no existe un criterio claro y delimitado que determine cuándo debe aplicarse el levantamiento del velo, y a ello se agrega la ausencia de norma legal que ampare esta práctica en algunos ordenamientos. También se expresa que esta teoría no tiene autonomía respecto a las figuras tradicionales como el fraude a la ley, la simulación y del abuso del derecho que fundamentan el levantamiento del velo.

Por el contrario, otro sector doctrinal considera que son insuficientes las acciones de nulidad y simulación porque conducen a la extinción de la sociedad, lo que resulta perjudicial para el comercio y los terceros que han contratado con la sociedad, y no arrojan luz sobre la verdad oculta del manejo de la personalidad jurídica. Resulta más aceptable la acción pauliana, porque esta acción solamente la ejercen los acreedores perjudicados para pagarse con el bien, prescindiendo de la personalidad jurídica, aunque impide sancionar a los que implementaron el artificio de la personalidad jurídica.

La realidad ha demostrado que con esta doctrina se permite la protección de los derechos de terceros, se somete al tráfico jurídico a la transparencia y se vela por el imperio de la buena fe. Por tal razón va adquiriendo aceptación en la doctrina y jurisprudencia y en algunos países es regulada. Esto demuestra su importancia práctica y necesidad de aplicarla.

9. CASUÍSTICA

La doctrina del levantamiento del velo se ha formulado a través de una rica casuística, que aumenta a medida que se van presentando los problemas relacionados con ella.

Haré una breve enumeración de casos de la doctrina y la jurisprudencia:

- a) Cuando se constituye la persona jurídica para realizar actos o negocios prohibidos para los socios. Por ejemplo: someter a intereses extranjeros los medios de comunicación valiéndose de interpósitos socios nacionales, en contravención del artículo 68.3 de la Constitución.
- b) Cuando el deudor burla las acciones de sus acreedores al aportar su patrimonio a una sociedad constituida para ello, o lo transmite a una sociedad ya constituida. Deja así al descubierto los créditos de sus acreedores que verán frustradas sus acciones. Para tal fin se puede ejercitar la acción pauliana sola o acompañada de la del levantamiento del velo.
- c) Para evitar abusos de las filiales totalmente dependientes se puede responsabilizar a la matriz de las obligaciones asumidas por la filial.
- d) Cuando en caso de guerra los ciudadanos del enemigo manejan negocios que ponen en peligro la seguridad nacional.
- e) Cuando la nacionalidad de la persona jurídica incide en la evasión fiscal y desvío de activos.
- f) Cuando la persona jurídica evade sus obligaciones fiscales.
- g) Sobre la ilicitud de la limitación de la responsabilidad que logran los inversionistas que se esconden tras la sociedad unipersonal.
- h) Cuando la persona jurídica ya constituida realiza actos simulados, fraudes a la ley o perjuicio a terceros.
- i) Cuando se simula una sociedad para eludir el cumplimiento de un contrato, burlar derechos de terceros o eludir la ley. Se puede ejercitar la acción de simulación o acompañarla con la del levantamiento del velo, lo cual es lo más indicado. Debe declararse la nulidad de la sociedad simulada porque las partes no quieren el acto y, por lo tanto, éste carece de causa.
- j) Cuando se usa la persona jurídica para perjudicar a los herederos forzosos.
- k) Cuando el tercerista de dominio es una persona jurídica que se identifica con la persona física o jurídica demandada.
- l) En los casos de confusión de los negocios de la sociedad con los negocios de los socios.
- m) Cuando se organiza la sociedad con capital insuficiente para satisfacer las deudas sociales.

Esta casuística limita el estudio general del tema y gira en torno a la burla de la ley, a la simulación y la defraudación.

Por tales razones, los autores han seguido un catálogo de casos elaborado por la doctrina alemana (10). Se denomina grupo de casos. Es importante advertir que este planteamiento siempre es casuístico, aunque con mayor amplitud, por lo que no engloba el estudio general del levantamiento del velo. Estos grupos son los siguientes:

A) IDENTIDAD PATRIMONIAL Y PERSONAL

Se produce una confusión o identidad patrimonial cuando no es posible distinguir la separación o autonomía entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio del socio o socios. Por ejemplo: cuando los negocios de la sociedad y el socio son acreditados a la sociedad. En este caso no se puede esgrimir la distinción entre el patrimonio del socio y el de la sociedad y, por lo tanto, se permite levantar el velo de la sociedad.

Puede existir también una confusión o identidad personal entre el socio y la sociedad. Ejemplos: la sociedad que únicamente sirve para enmascarar una identidad individual, lo cual se podría comprobar por su falta de actividad, la ausencia de contabilidad, la falta de libros, la falta de celebración de Asamblea de Accionistas y Juntas Directivas, etc.; cuando un establecimiento comercial se explota en interés del socio y de la sociedad; cuando el socio obra en interés de la sociedad, pero sin hacer uso de la representación de la misma.

En las sociedades unipersonales o en las empresas individuales de responsabilidad limitada se encuentra una sola persona operando personalmente. Esta situación puede dar lugar a confusiones, abusos, defraudación a los acreedores, burlas a la ley, confusión de patrimonio y fraude en el tráfico jurídico. Por tal razón, los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia permiten levantar el velo de la sociedad unipersonal o empresa individual de responsabilidad limitada, y sancionar al socio que responderá con su propio patrimonio.

El artículo 12 del Código del Trabajo expresa que «se entiende por empresa la unidad económica de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Se consideran como parte de la empresa los establecimientos, sucursales creadas para el crecimiento y extensión de sus actividades, siempre que no constituya una persona jurídica diferente». Pero esta sociedad puede ser penetrada si con ella se pretende burlar la ley y los derechos laborales.

(10) Para profundizar, cfr. Patricia LÓPEZ DÍAZ, «La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica», *Lexis Nexis*, Santiago, Chile, 2003, pág. 283 y sigs.

B) LA INFRACAPITALIZACIÓN

Se entiende por infracapitalización o subcapitalización la desproporción inequívoca entre el capital establecido en la sociedad y los riesgos que conllevan los negocios programados por la empresa para desarrollar sus fines sociales.

La infracapitalización puede quedar al criterio de los socios cuando, al no exigirse por la ley un capital mínimo, se calcula un capital inferior al necesario para desarrollar el objetivo social. Pero también puede ser el resultado de no aportar los fondos suficientes al capital mínimo exigido por la ley, como sucede con ciertas sociedades. Esta exigencia de capital mínimo legal nos permite deducir, aunque no existe una disposición general, que debe sancionarse la infracapitalización.

De acuerdo con el artículo 25, párrafo tercero de la Ley de Creación de la Superintendencia de Bancos, el capital mínimo de los almacenes generales de depósitos es de cinco millones de córdobas.

De acuerdo con el artículo 25, párrafo primero de la misma ley, el capital social mínimo de un banco será de diez millones de córdobas.

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley General de Instituciones de Seguros, el Superintendente se pronunciará sobre el capital de las instituciones de seguros o reaseguros, fundado en el volumen de las operaciones que se esperan realizar. Sin embargo, en todo caso, las instituciones aseguradoras constituidas en el país o las sucursales de las extranjeras deberán tener como capital mínimo las siguientes sumas: Cuando operen solamente modalidades de seguros comprendidas en el grupo uno a que se refiere el artículo 27, la suma de seis millones de córdobas; cuando operen solamente modalidades de seguros comprendidas en el grupo dos, la suma de seis millones de córdobas; y cuando operen simultáneamente modalidades de seguros comprendidas en ambos grupos, la suma de diez millones de córdobas.

El capital mínimo de las compañías reaseguradoras que se establezcan en el país será fijado por la Superintendencia de Bancos, pero en ningún caso será inferior al 125 por 100 del capital mínimo que se establezca para las compañías aseguradoras de los mismos ramos.

La infracapitalización tiene por objeto desplazar el riesgo que debe soportar la persona jurídica frente a los acreedores. Puede revestir diferentes formas y opera en una sola sociedad o en un grupo de sociedades. Ejemplos:

- a) La sociedad posee el capital adecuado para emprender el objeto social, pero está integrado por capital propiamente de la sociedad y préstamos del socio o socios. También puede suceder que el capital de la sociedad se constituya con préstamos de los socios y no con aportes a la sociedad. Estos casos son denominados de infracapitalización nominal. El socio o socios aparecen también como prestamista de la

sociedad. De esta infracapitalización deben responder los integrantes responsables de las personas jurídicas. Para corregir esta anomalía se podría obligar a los socios a satisfacer en proporción a su cuota de participación, la diferencia entre el capital existente y el que debería haber aportado, pero si esto resulta difícil se podrá hacer efectiva esta responsabilidad contra los socios responsables, levantando el velo de la sociedad, y en caso de quiebra los préstamos pasarán a formar parte del patrimonio social para que puedan pagarse los acreedores al no permitírseles oponer la separación entre su personalidad y la de la sociedad. Es posible que la infracapitalización haya operado porque los socios no hayan enterado sus aportes al constituirse la sociedad o posteriormente para formar el capital social, en este caso los acreedores pueden demandar civil o penalmente a los socios morosos, a los administradores, o solicitar el levantamiento del velo.

- b) Se constituye una sociedad matriz y varias filiales para trasladar el riesgo empresarial frente a los acreedores. En este caso los acreedores que fueron defraudados o tengan un reclamo contra la sociedad filial infracapitalizada podrán dirigir su acción a su conveniencia contra las personas que infracapitalizaron o contra la sociedad matriz. El caso *Walkousky v. Carlton* (1996) es sencillo y muy expresivo. Se constituyó una sociedad que tenía cincuenta taxis valorados en US\$1.000.00 cada uno, y se constituyeron veinticinco sociedades filiales asignándole a cada una dos taxis, con el propósito de diluir los riesgos. El conductor de una de las filiales fracturó las piernas a un pasajero que iba abordar el taxi, lo cual le causó graves daños. El lesionado cobró el valor del seguro obligatorio, pero como éste no cubrió toda la indemnización le reclamó a la referida filial, pero no encontró bienes suficientes.

C) CONTROL DE SOCIEDADES

Este fenómeno se produce cuando una sociedad dirige a otra u otras sociedades porque tiene participación mayoritaria en el capital de ellas o ejerce control por otros medios. De esta manera la sociedad o sociedades controladas persiguen el interés ajeno de la sociedad controlante y no el suyo.

El control se presenta en los grupos de sociedades para desarrollar negocios de alto riesgo y no afectar el capital social de la sociedad controladora. Este control se materializa a través del control de la financiación, el nombramiento del personal, la imposición de los planes de desarrollo, el dominio de las asambleas, directivas, etc. Existe pues, con control interno y externo, una unidad empresarial.

En algunos países se encuentran leyes que regulan lo que se denomina Derecho de Grupo de Sociedades. Su contenido se refiere a las sociedades, a las normas de Derecho Fiscal, del Derecho Bancario, a la defensa de la libre competencia, a los seguros y mercados de valores. Su finalidad es proteger a las sociedades controladas, sus socios y acreedores. Sin embargo, esa normativa no es suficiente para resolver los problemas que se presentan en estos grupos de sociedades controladas en contra de los socios minoritarios, trabajadores y acreedores.

El control no es suficiente motivo para levantar el velo e imponer sanciones, pues es preciso que se realice el acto abusivo con la intención de defraudar, realizar actos violatorios de la ley, deshonestos o injustos en perjuicios de los derechos del demandante. Cuando una de las sociedades controladas causare perjuicios por los abusos cometidos a causa de la dependencia, el demandante perjudicado podrá ejercer su acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad controlada, contra la sociedad controladora, o bien repartir la responsabilidad entre las distintas sociedades que integran el grupo, levantando el velo de acuerdo a las circunstancias del caso.

Típico caso del levantamiento del velo en este tipo de sociedades es el de la defensa de los acreedores de la sociedad dominada que traslada fondos a la sociedad dominante, disminuyendo la garantía de los acreedores que sólo cuentan con el patrimonio de la sociedad dominada para el pago de sus deudas.

D) ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

En esta categoría del abuso de la personalidad jurídica se incluyen aquellos casos que no se contemplan en las categorías del control social, la infracapitalización y la confusión de personas y patrimonios.

Comprende el fraude a la ley, las infracciones de las obligaciones contractuales y extracontractuales y los daños a terceros.

Presentaremos algunos casos extraídos de la doctrina, de la jurisprudencia extranjera y de nuestro ordenamiento jurídico:

- a) Por presión de los accionistas de una sociedad que controlan a otra, ésta celebra un contrato que evidentemente le perjudica, y que beneficia a la sociedad controladora. Se presentan varias opciones a favor del perjudicado: demandar la nulidad del acto por la forma ilícita en que se beneficiaron los socios, o demandar a los administrativos o socios involucrados en los abusos por los daños y perjuicios. Debe levantarse el velo de ambas sociedades y, por tal razón, deben ser comprendidos en la demanda para evitar que el principio de la personalidad jurídica cierre las investigaciones y la aplicación de sanciones.

- b) Se puede usar la personalidad jurídica para el incumplimiento de obligaciones legales. Ejemplos:
- i) Un padre de familia muy rico que sin motivo carece de afecto para con su esposa y uno de sus hijos, hace una sociedad junto con sus otros hijos, aportando todos sus bienes, pero reservándose una vil suma y al mismo tiempo recibe de la sociedad, sin que conste en la contabilidad, una fuerte suma de dinero para sus necesidades mientras viva. Endosa sus acciones a los otros hijos y hace testamento nombrando como herederos por partes iguales a su cónyuge e hijos, todo con el propósito de eludir la cuarta conyugal y los alimentos de dicha esposa e hijos. Muerto el padre se puede ejercitar por el hijo que necesita alimentos o por el cónyuge preterido la acción de simulación absoluta por fraude a la ley, junto con la del levantamiento del velo para obligar a la sociedad a entregar la cuarta conyugal o a suministrar los alimentos. En vida del padre se podría pedir alimentos por el cónyuge y el hijo a la sociedad, por medio de las acciones indicadas.
 - ii) Se organiza una sociedad por capitalistas extranjeros, valiéndose de nicaragüenses como interpósitas personas, con el objeto de someter un medio de información a intereses extranjeros, violando el artículo 68.3 de la Constitución.
- c) Se pueden incumplir obligaciones contractuales por medio de la personalidad jurídica. Ejemplos de la doctrina:
- i) Un comerciante vende a otro un establecimiento y se compromete a no abrir otro, dedicado a los mismos negocios del vendido, dentro del perímetro debidamente determinado. Pero el vendedor hace una sociedad en la cual él es el principal accionista y además la controla, y no cumple su obligación al abrir dicha sociedad un negocio idéntico al prohibido al vendedor. En este caso se puede levantar el velo de la sociedad y obligarla a cerrar el negocio por el tiempo determinado en el contrato original, o a cambiar el giro.
 - ii) Cuando la obligación incumplida es de hacer se puede demandar la simulación absoluta de la sociedad y la nulidad, y obligar al socio a pagar los daños y perjuicios por el incumplimiento, o bien obligar a la sociedad a cumplir la obligación y resarcir los daños y perjuicios.
 - iii) Cuando la sociedad se simula únicamente para burlar al otro contratante se puede ejercitar la acción de simulación y respon-

sabilizar a los falsos socios, pero si la sociedad se aprecia que es real se puede pedir a la sociedad el cumplimiento del contrato.

- iv) También puede utilizarse abusivamente la personalidad jurídica para incumplir una cláusula de no competencia convenida en un contrato de compraventa. A una sociedad se le prohíbe vender determinados productos en un área establecida y realiza dicha venta a través de otra sociedad mercantil en la que es socia la sociedad compradora.
- d) La interposición de tercería de dominio por una sociedad para burlar los derechos de los acreedores puede presentarse cuando es embargada otra sociedad demandada constituida por los mismos socios de la sociedad que interpuso la tercería, la cual reclama la propiedad sobre el bien embargado para impedir que el acreedor o acreedores de la sociedad embargada se paguen lo que se les debe. En este supuesto se puede levantar el velo, ya que la sociedad tercerista y deudora en la realidad son la misma persona y, como consecuencia, no existe un tercero excluyente.
- e) El Tribunal Supremo español (11) decidió un caso interesante en el que se pretendió dejar sin valor un pago mediante la intervención de dos sociedades: la sociedad Otago S. A., autorizó a una persona natural comprar unos valores y después venderlos, lo que así hizo. El negocio lo realizó por medio de la entidad Caja de Ahorro y Monte de Piedad de Barcelona, quien por error no incorporó el importe de la venta a la cuenta corriente de Otago, S. A., sino de otra diversa, Spring Play, S. A. Se demandó a la Caja de Ahorros para el reintegro de esa cantidad. El Tribunal Supremo declaró sin lugar la demanda porque, una vez levantado el velo de las sociedades Otago, S. A. y Spring Play, S. A., descubrió que ellas pertenecían a una misma persona. Si se acogía la demanda se estaría permitiendo que se pagara dos veces a personas que estaban ligadas por un solo interés.
- f) Con relación a los actos procesales, se puede levantar el velo para dar por notificada a una sociedad de una resolución de la que aparentemente era destinataria otra diferente, al comprobarse que la sucursal de la sociedad ha utilizado su razón social, conservando su domicilio propio para confundir a quienes contrataron con ella y eludir la notificación judicial.
- g) Las medidas precautelares pueden ser utilizadas cuando varias sociedades usan la personalidad jurídica para burlarlas. Para tal efec-

(11) Sentencia de 20 de junio de 1991.

to debe comprobarse si existe absoluta identidad entre ellas, para entender estas medidas a las sociedades coludidas.

- h) La personalidad jurídica también puede ocuparse para evadir obligaciones derivadas de acciones u omisiones dolosas o culposas. El Tribunal español ha conocido dos casos interesantes:
 - i) Unas personas resultaron perjudicadas por los daños producidos por un incendio de un inmueble cuyo propietario quería evadir su responsabilidad, esgrimiendo que dicho inmueble se encontraba en poder de una sociedad anónima en virtud de un contrato de arrendamiento y que esta sociedad era la que debía responder, pero resultó que también era propietario de la sociedad arrendataria, dándose la identidad de intereses (12).
 - ii) La explosión de una mina causó muchos perjuicios. El propietario niega su responsabilidad y la indemnización, argumentando que la había cedido en arriendo a una sociedad, pero se trataba de una sociedad de su propiedad (13).
- i) Si un arrendatario de un establecimiento mercantil aporta el local arrendado a una sociedad pueden presentarse dos situaciones:
 - i) Que en esta sociedad no tenga ninguna acción el arrendatario, en cuyo caso este traspaso es ilegal y puede ponerse fin al contrato de arrendamiento de acuerdo con los artículos 2.884 y 2.933, inc. 3 del Código Civil, que permite pedir la rescisión del arriendo cuando el arrendatario subarrienda sin el consentimiento del arrendador y si lo hace responderá solidariamente con el subarrendatario de los daños y perjuicios.
 - ii) Si el arrendatario es dueño de la sociedad, se puede declarar que no hay traspaso ilegal del arriendo porque no ha cambiado el sujeto, pero si existen otros socios habría que declarar la terminación del arriendo porque cambió el sujeto.

Cuando la sociedad arrendataria se transforma subsiste el arriendo, porque el grupo que la integra permanece y sólo cambia de forma social. Sin embargo se ha pensado que debe pedírsele el consentimiento al arrendador. En el caso de fusión se extingue el contrato, pues la sociedad arrendataria absorbida o fusionada pierde su personalidad jurídica, lo que da lugar a un cambio en la relación arrendaticia.

(12) Sentencia de 29 de abril de 1998.

(13) Sentencia de 20 de julio de 1995.

10. SU APLICACIÓN EN CIERTAS RAMAS DEL DERECHO

La doctrina del levantamiento del velo se aplica en las siguientes ramas del Derecho: Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho Tributario, Derecho Penal, Derecho Internacional, Derecho Constitucional Económico y Derecho Inmobiliario Registral.

Los derechos de los trabajadores pueden ser afectados por una o varias sociedades. Es importante determinar quién es el empresario responsable para evitar perjuicios a los trabajadores en sus salarios, prestaciones sociales y otros derechos.

Sin embargo se argumenta que tiene poca aplicación en el Derecho Laboral, por una parte, porque ocupa la figura del empresario aparente para solucionar los fraudes y también el fraude a la ley, el abuso del derecho y la buena fe; por otra parte, no estudia y tiene soluciones a los problemas empresariales en especial el del levantamiento del velo.

Como tesis contraria se sostiene que el Derecho Laboral ya dedica esfuerzos para adaptarse a los nuevos planteamientos de la teoría del levantamiento del velo, sobre todo en situaciones que se pueden presentar en esta rama del Derecho, como la unidad de patrimonios y de personas, la infracapitalización y actividades fraudulentas en perjuicio de los trabajadores. Estos esfuerzos han encontrado aplicación en la jurisprudencia de los tribunales.

También puede ser útil el levantamiento del velo de varias sociedades para evitar que se vean afectados los derechos de antigüedad, de remuneración y estabilidad del empleado cuando sean trasladados de una sociedad a otra.

El levantamiento del velo se aplica en el Derecho Administrativo, ya que la Administración recurre con frecuencia a la constitución de sociedades mercantiles, especialmente a las anónimas, para sus operaciones sociales o económicas. Estas sociedades actúan y se rigen por el Derecho privado, pero siguen vinculadas a la Administración Pública en su dirección interna, y el nombramiento de sus integrantes se rige por el Derecho Administrativo.

Algunos tribunales han levantado el velo para determinar el verdadero vínculo entre la sociedad y la entidad de la que depende para determinar responsabilidades (una municipalidad, un órgano estatal, etc.).

También es posible levantar el velo para determinar a quién se impone una sanción administrativa, ya sea a la sociedad, a los socios o a las personas jurídicas que la integran.

En el Derecho Tributario el levantamiento del velo de la persona jurídica tiene especial consideración y juega, junto con el fraude a la ley, el abuso del derecho, la acción paulina, al propósito de combatir la evasión fiscal. Sirve para penetrar en el interior de la sociedad y decidir si existió abuso, fraude, simulación y aplicación fraudulenta de la ley.

Los que sostienen la subsidiariedad de la acción del levantamiento del velo encuentran en esta materia el campo propicio para insistir, ya que sostiene que no es necesaria porque existen muchos medios para cobrar impuestos: liquidaciones tributarias, demandas ejecutivas, acciones subrogativas, revocatorias y penales, suspensión de la actividad de los establecimientos mercantiles, etc. Se contesta que estos medios funcionan eficazmente cuando se conoce al evasor y no cuando se oculta, en cuyo caso es necesario levantar el velo. Al levantar el velo se determina al evasor del impuesto y se evita un enriquecimiento sin causa.

En el Derecho Penal es útil la teoría del levantamiento del velo porque en el proceso penal se busca la verdad real y no la formal, para determinar con certeza al responsable y sancionarlo con la pena correspondiente. En esta materia la acción del levantamiento del velo adquiere su principalidad, descartándose su carácter subsidiario.

Sin embargo, no faltan quienes estiman que con la doctrina del levantamiento del velo se infringen los principios fundamentales siguientes: la presunción de inocencia, el principio de tipicidad y el principio de legalidad. La presunción de inocencia no se infringe porque con el levantamiento del velo no se hace ninguna imputación o reproche al procesado, solamente se abren las puertas para determinar al infractor de la ley penal; lo mismo puede decirse sobre los principios de tipicidad y legalidad, pues esta teoría no se refiere a ellos, sólo levanta el velo para aplicarlos.

En el Derecho Internacional también se aplica la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica, principalmente respecto a la nacionalidad.

Los extranjeros tienen iguales derechos y obligaciones que los nicaragüenses, pero carecen de los derechos políticos y los que establezcan las leyes, según el artículo 27.2 de la Constitución. Por tal razón se le restringe a los extranjeros ciertas actividades para evitar que los trabajadores nacionales sean desplazados, o dejar en sus manos la seguridad y defensa nacionales.

La personalidad jurídica podría usarse para burlar la ley cuando en una sociedad se esconde el enemigo del Estado en guerra, y cuando se constituye una sociedad por extranjeros que tiene formalmente la nacionalidad de otro Estado y ello les permite realizar actividad reservada por la ley a los nacionales. En estos casos se puede levantar el velo.

Se ha propuesto que la sociedad nacional de un determinado país puede invocar la llamada «protección diplomática» para que actúe el Estado a cuya nacionalidad pertenece, ante los organismos y tribunales internacionales. Esta protección diplomática, en principio, sólo puede ser invocada en defensa de los intereses de la sociedad y no de los accionistas en particular, por lo que es la sociedad la que debe proceder en defensa de sus asociados.

Sin embargo, la doctrina señala algunos casos en que pudiera aplicarse la protección diplomática a favor de los socios; a saber: cuando el Estado con-

fisque las acciones de una sociedad nacional de accionistas extranjeros o cuando prohíba a estas sociedades distribuir dividendos a socios extraños; cuando el socio que sufre el perjuicio se encuentra imposibilitado de exigir la responsabilidad ante el Estado; y cuando la sociedad, como consecuencia de la sanción, quede extinguida.

Se aplica también en el Derecho Constitucional Económico, principalmente para evitar la restricción de la libre competencia e impedir los monopolios.

También se aplica en el Derecho Inmobiliario Registral, principalmente con relación a los terceros registrales, como veremos más adelante.

11. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

Fueron los tribunales de los Estados Unidos los que penetraron al interior de la personalidad jurídica para levantar el manto protector y determinar lo que se oculta tras él, aplicable no sólo por los tribunales de equidad, sino también por los tribunales de Derecho Común.

En Francia también se ha desarrollado esta figura bajo el nombre de teoría de la penetración. Tiene sus raíces en el proceso revolucionario, pues los tribunales de la revolución sancionaban a los que acaparaban alimentos a nombre de sociedades de la que formaban parte.

En Alemania funciona bajo el nombre de penetración, y por medio de ella se combate el fraude a ley, el incumplimiento de obligaciones contractuales y la realización de actos ilícitos. La jurisprudencia de Alemania también ha sido numerosa, con relación al fraude de las sociedades comerciales, a la evasión fiscal y al incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores.

En España se conoce con el nombre de «levantamiento del velo», conocida anteriormente como «teoría de los terceros». Su desarrollo ha sido principalmente jurisprudencial, aunque se encuentran dos leyes que se refieren a ella en forma concreta y aislada: la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995, al disponer la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria del socio de una sociedad unipersonal sobrevenida y sin registrarse en el Registro Mercantil dentro de seis meses; y el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, de 17 de julio de 1989, al disponer que las actuaciones de una empresa son imputables a la empresa que la controla.

En Costa Rica no existe una disposición que la contemple, pero se deduce su aplicación de la sanción del fraude a la ley, el abuso del derecho, la aplicación de los principios de buena fe y de los generales del Derecho. También la jurisprudencia la ha aplicado.

En Argentina es importante referirse primeramente al caso de la compañía Swift de la Plata. Por sentencia del 8 de noviembre de 1971, se declaró

en quiebra a la citada compañía Swift de la Plata y también a otras sociedades pertenecientes al mismo grupo económico, porque los órganos de Swift estaban subordinados a la voluntad de un holding internacional, y la propuesta de quiebra había sido acordada por otras empresas del grupo, la que había contratado con una sociedad en condiciones muy ventajosas, violando el orden público y el derecho que sobre el patrimonio concursado tenían los verdaderos acreedores. Por tales razones se concluyó que no existía personalidad jurídica diferente entre todas las empresas del grupo y que todas respondían a una voluntad común. Se extendió la responsabilidad a otras empresas que eran las que de hecho manejaban a la sociedad controlada.

Fue en el año de 1983 cuando se modificó el artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales. El tercer párrafo del artículo 54 quedó redactado así: «Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados».

Por otra parte, la Ley número 24.522 de Concursos y Quiebras, establecen los casos en los cuales se hace extensiva la quiebra, a saber: a quien actúe por medio del fallido en interés personal; a la persona que abusa del control del fallido, y cuando exista confusión patrimonial entre una persona y la fallida.

En el Perú no existe norma específica sobre el levantamiento del velo, aunque se ha querido ver como un caso particular el inciso 4 del artículo 230 de la Ley General de Sociedades, que con relación a la distribución de utilidades responsabiliza solidaria y exclusivamente por el pago a los accionistas que votaron a favor del acuerdo de la Junta General en el que se convino un dividendo a cuenta sin contar con la opinión favorable del Directorio. No obstante, algunos jueces se han inclinado por sancionar la mala fe y el abuso de los que integran la sociedad.

En Uruguay la Ley número 16.060 regula el levantamiento del velo a través de una acción judicial por la cual se puede desestimar la personalidad jurídica para imputar hechos, actos y relaciones a los socios o terceros que resultan ser los auténticos titulares. Se contemplan los casos de fraude por violación al orden público en perjuicios de los derechos de los socios accionistas y terceros.

En México se registran dos casos de responsabilidad de los socios en las sociedades anónimas: los artículos 13 y 14 de la Ley de la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas de 1939, que responsabiliza ilimitadamente a los accionistas de los actos ilícitos imputables a la sociedad; y la Ley General de Sociedades Mercantiles en su numeral 3 dispone la liquidación de la sociedad cuando su objeto real sea la ejecución de actos ilícitos. Una parte

de la doctrina sostiene que la desestimación de la personalidad jurídica se aplica a todos los tipos de sociedades mercantiles.

En Italia existen normas legales que se inspiran en el abuso de la personalidad jurídica. Por ejemplo: el Código Civil en el artículo 2.362 dispone que si los socios de la sociedad se reducen a uno solo, éste responderá ilimitadamente de las deudas contraídas en nombre de la sociedad. Para unos autores se podría aplicar esta disposición en otros casos similares de abusos, pero otros no junto con la jurisprudencia rechazan esta tesis (14).

12. SU APLICACIÓN EN NICARAGUA

No existe disposición general alguna que regule el levantamiento del velo, pero se encuentran disposiciones legales que representan una aplicación concreta de dicha teoría. Por otra parte, su aplicación podría derivarse de los principios generales del Derecho (15), la buena fe, el fraude a la ley (16) y el abuso del derecho (17).

Generalmente la acción del levantamiento del velo se acompaña con los citados principios y figuras, como asimismo se aparea con la acción revocatoria o pauliana (18), la simulación (19), la nulidad (20), la doctrina de los propios actos y la equidad contractual (21).

Si partimos de la opinión de que no existe una regulación general en nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no tiene aplicación amplia, se podrían lograr iguales efectos que los del levantamiento del velo, mediante la aplicación de la buena fe, el fraude a la ley, el abuso del derecho, la acción revocatoria pauliana, la simulación, la nulidad y la teoría de los propios actos.

Además de los casos ya expuestos anteriormente sobre nuestro sistema, desarrollaremos otros extraídos de las aplicaciones concretas de nuestro ordenamiento jurídico, de la teoría del levantamiento del velo y de los principios y figuras que acompañan al levantamiento del velo o del funcionamiento independientemente del levantamiento del velo; a saber:

(14) Francesco GALGANO, *Derecho Comercial. Las Sociedades*, Editorial Tecnos, S. A., Bogotá, Colombia, 1999, vol. II, págs. 259, 260 y 261.

(15) Artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(16) Artículo 2.224 del Código Civil.

(17) Nuestro Código Civil, el de Procedimiento Civil y la Jurisprudencia han consagrado importantes aplicaciones de la teoría del abuso del derecho (cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Derecho de Obligaciones*, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 2000, pág. 558 y sigs.).

(18) Artículo 2.226 y sigs. del Código Civil.

(19) Artículo 2.220 y sigs. del Código Civil.

(20) Artículo 2.201 y sigs. del Código Civil.

(21) Artículo 2.480 del Código Civil.

- a) De acuerdo con el artículo 4 de la Ley de 20 de septiembre de 1982, cuando los agentes navieros se constituyen en sociedad es necesario que del capital social, suscrito y pagado, un mínimo del 60 por 100 pertenezca a ciudadanos de nacionalidad nicaragüense que se encuentren domiciliados en el país, y si la sociedad es por acciones, éstas deben ser en su totalidad nominativas y su sede principal y efectiva debe estar en el país. Ejemplos: Si la sociedad se constituye solamente con inversionistas extranjeros, se puede declarar la nulidad por objeto ilícito, de acuerdo con los artículos 2.476 y 2.477 del Código Civil; si se usa personas interpuestas (testaferros) para burlar la ley existe simulación en fraude a la ley y, por lo tanto, se pueden acumular las acciones del levantamiento del velo y la acción de simulación y declarar la nulidad de la sociedad y sus consecuencias. Si el criterio que prevalece en los tribunales es el de no aceptar el levantamiento del velo, es suficiente la acción de simulación.
- b) De acuerdo con el artículo 6 de la Ley del Delito de Defraudación Fiscal, publicada en *La Gaceta*, número 239 de 22 de octubre de 1981, en el caso de que el beneficiado con la defraudación fiscal fuere una persona jurídica, la responsabilidad penal se hará efectiva en las personas naturales, como en los delitos que se cometen por varios individuos.

Al momento de escribir este breve estudio, se encontraba suspensa la entrada en vigencia del Código Tributario, que deroga la ley antes citada, pero en su lugar el artículo 113 establece que: «Los socios y miembros de las Juntas Directivas, así como los gerentes de las personas jurídicas que realicen operaciones de forma anómala que genere como consecuencia la comisión de una infracción administrativa o delito tributario, serán responsables personalmente por el incumplimiento de todas las obligaciones fiscales correspondientes».
- c) De acuerdo con el artículo 13 de la Ley sobre Defraudación y Contrabando Aduanero, publicada en *La Gaceta*, número 156 de 18 de agosto de 1998, cuando el hecho ilícito defraudatorio fuere cometido por un socio directivo, partícipe o empleado de una persona jurídica en beneficio de ésta, además de las responsabilidades penales en que incurrir los anteriores y demás participantes, las personas jurídicas responderán por las multas y responsabilidades civiles en que hubieren incurrido el socio directivo o empleador. En caso de múltiples reincidencias, se ordenará por la autoridad que conozca de la infracción, la disolución y liquidación de las personas jurídicas por las autoridades judiciales. Esta es una forma de penalizar a las personas jurídicas por delitos.

- d) De acuerdo con la Ley de 11 de junio de 2002, publicada en *La Gaceta*, número 121 de 28 de junio de 2002, reformativa del artículo 22 del Código Penal, «las personas que, actuando como directivos, administradores de hecho o de derecho u órgano de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, realice un hecho que salvo en la cualidad del autor, sea subsumible en el precepto correspondiente a un delito o falta, responderá personalmente de acuerdo con éste, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo, si tales circunstancias se dan en la entidad o personas en cuyo nombre o representación se actúe».
- El artículo 45 del Proyecto del Código Penal repite este artículo y le agrega un nuevo párrafo que responsabiliza civilmente a la persona jurídica por los delitos que cometieron las personas señaladas en el artículo transcrito.
- e) De acuerdo con el artículo 61 ordinal b) de la Ley de Reformas y Adiciones a la Ley de Estupefacientes, Psicotrópicos y Sustancias Controladas, publicada en *La Gaceta*, números 69 y 70 de 15 y 16 de abril de 1999, cometen delito de lavado de dinero aquellas personas que por sí o por interpósita persona natural o *jurídica* asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera dinero y objetos naturales o producto del mismo y dé al dinero y a los bienes provenientes apariencia de legalidad. Si el delito se cometiere a través de *personas jurídicas*, además de las penas que sufren las personas naturales que forman parte de la sociedad y de las otras que colaboraron en la realización del delito podrán decretarse la intervención de dicha institución. Esta es una medida precautelar contemplada en el artículo 65, aplicable a las instituciones o sociedades que participen directa o indirectamente en la comisión del delito del lavado del dinero proveniente de actividades ilícitas.
- f) De acuerdo con el artículo 35 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones, los miembros de la Junta Directiva, sin perjuicio de las otras sanciones que le correspondan, responden personal y solidariamente con sus bienes, de las pérdidas que le causen al banco por autorizar operaciones prohibidas y por los actos o resoluciones tomadas por la Junta Directiva en contradicción a la ley, a las normas dictadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia, a las instrucciones y órdenes del Superintendente, a las disposiciones enmanadas del Banco Central y demás disposiciones aplicables. No asumen esta responsabilidad los que hubieren dado su voto disidente en el acta de la sesión correspondiente y los ausentes durante dicha sesión y en la sesión donde se apruebe el acta respectiva.

- g) De acuerdo con el artículo 29 de la Ley de Defensa de los Consumidores, los consumidores tienen que hacer primeramente sus reclamos por la compra de bienes de mala calidad o defecto, ante el expendedor, sin perjuicio que después se determine si la responsabilidad corre a cargo del importador, distribuidor o fabricante.
- h) Las sociedades de un solo socio y la empresa individual de responsabilidad limitada no son admitidas por nuestra legislación mercantil. Pero puede suceder que la sociedad anónima se constituya simuladamente con varios socios, pero uno es el verdadero dueño de las acciones y existan algunos testaferros que sólo tienen aparentemente ciertas acciones, pero están obligados a regresarlas, lo mismo que los dividendos, al que controla la sociedad. También se puede presentar este fenómeno cuando un socio compra todas las acciones de la sociedad, y deja algunos testaferros con acciones. En ambos casos se puede levantar el velo y responsabilizar al socio controlador por los abusos de la sociedad, y en el primero de ellos declarar la simulación. Pero la nulidad declarada como consecuencia de la simulación no puede llevar a declarar nulos todos los contratos celebrados de buena fe con la sociedad.
La legislación nicaragüense ha autorizado la constitución de sociedades anónimas en la que el Estado es el único socio (22).
- i) La figura del tercero registral puede entrar en conflicto ante el ejercicio de la acción del levantamiento del velo y las acciones de nulidad, simulación y pauliana. Trataremos de explicar algunos alcances del problema y sus soluciones, pues el tema es conflictivo y delicado, principalmente con el requisito de la buena fe para ser protegido por el Registro (23).

Cuatro personas naturales constituyen una sociedad y la inscriben en el Registro. Se pueden presentar varios casos: Las cuatro personas que constituyeron la sociedad aportaron (24) un inmueble que les pertenecía en comuni-

(22) Artículo 6 de la Ley del Ministerio de Comercio Interno, de 12 de agosto de 1984. Artículo 4 de la Ley de Empresas de Reforma Agraria, de 2 de diciembre de 1980. El artículo 4 de la Ley de Empresas de la Junta de Reconstrucción de Managua, de 28 de diciembre de 1984, autorizaba a crear sociedades anónimas. Dicha Junta era la única accionista.

(23) El tercero registral debe reunir los requisitos siguientes: a) Adquirir a título oneroso. b) De buena fe. c) Adquirir de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir. d) Que la causa de nulidad, rescisión, resolución, etc., no resulte claramente en el Registro. e) Que inscriba su adquisición. Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral Nicaragüense*, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 1999, pág. 271 y sigs.

(24) En torno a la naturaleza jurídica del aporte social se han formulado dos teorías: la mayoritaria, que sostiene que es una enajenación onerosa y la sociedad puede estimarse

dad, con el propósito de evadir la acción de nulidad que ejercitaría el vendedor de dicho inmueble. Se hizo esta aportación como capital de la sociedad para alegar la sociedad en su oportunidad, su carácter de tercero protegido por el Registro y, por lo tanto, la adquisición de la sociedad quedaría firme frente a la acción de nulidad. En este caso existe confusión de patrimonios de los socios con el de la sociedad, control de la sociedad por los cuatro socios y mala fe de ellos. Por lo tanto, no existe tercero registral protegido por el Registro. Se levanta el velo social, se declara la nulidad y el inmueble vuelve al poder del vendedor que ejercitó la acción de nulidad. Si se presenta este caso frente al ejercicio de la acción de simulación o pauliana también se puede levantar el velo, recuperar el inmueble en virtud de la simulación o revocar el acto fraudulento por medio de la acción pauliana.

El problema se presenta, por ejemplo, cuando uno de los cuatro socios que aportaron el inmueble en comunidad es de buena fe, ya que no participó ni conocía del acto o contrato nulo, simulado o fraudulento, con base al cual se aportó el inmueble al fundarse la sociedad con el objeto de burlar dichas acciones y alegar la posición de tercero protegido registral de la sociedad. Creo que no se puede alegar la protección registral si existe mayoría y control social de los autores de acto ilícito.

En este caso de mayoría de mala fe, el juez debe actuar con mucho cuidado porque la procedencia del levantamiento del velo y de cualquiera de las otras acciones acumuladas puede causar perjuicio al socio o socios de buena fe. Por ejemplo: con la acción de nulidad se produce la devolución del inmueble, con las de simulación y pauliana se puede llegar a la formación de otra comunidad no deseada.

Cuando el aporte es de una persona a una sociedad de un solo socio o empresa individual existe una evidente confusión de patrimonios y mala fe, por lo tanto son procedentes las acciones señaladas, al no poderse alegar la protección del tercero registral.

Las sociedades ya constituidas (25) actúan a través de sus órganos de decisión, administración y representación. También se pueden presentar muchas situaciones difíciles de resolver.

Si la sociedad es de un solo socio, los vicios de la enajenación del inmueble a la sociedad por el socio no le permiten alegar la protección del Registro porque le transmite la mala fe a la sociedad y existe una confusión de patrimonios.

como tercero; la segunda, como una comunicación de bienes y niega a la sociedad el carácter de tercero. Esto complica la solución de casos. Para profundizar sobre el tema, cfr. Ramón María ROCA SASTRE, *Naturaleza Jurídica de la Aportación Social*, Instituto Editorial Reus, 1946.

(25) Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Casos Prácticos de Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 1999, págs. 53 y 165.

Cuando el representante de una sociedad actúa de mala fe, ésta repercute en contra de la adquisición de la sociedad, lo mismo si la mayoría que controlan los órganos sociales (Junta General de Accionistas, Junta Directiva y representantes legales) o todos los socios de la sociedad están de mala fe, en este último caso aunque el administrador o representante estuviesen de buena fe. Estas situaciones se presentan con más frecuencia en las sociedades de responsabilidad limitada o en las sociedades anónimas de tipo familiar.

RESUMEN

LEVANTAMIENTO DEL VELO

Para corregir los abusos de la personalidad jurídica y de la limitación de la responsabilidad de los socios para realizar actos ilícitos surge la teoría del «levantamiento del velo». De creación norteamericana, es acogida luego en Europa y Latinoamérica. Es una acción judicial excepcional y principal que aparta la personalidad jurídica del ente o sociedad y responsabiliza a los socios, cuando con ella se encubren o realizan fraudes a la ley, daños a terceros u otros actos ilícitos. Son presupuestos: elementos que hagan presumir al juez un abuso de la personalidad jurídica y la existencia o simulación de constitución de una persona jurídica para abusar de ella. Protege derechos de terceros, somete el tráfico jurídico a la transparencia y vela por la buena fe. Los autores se han decantado por un catálogo de casos elaborado por la doctrina alemana: identidad patrimonial y personal entre socio y sociedad, infracapitalización, control de una sociedad sobre otras, abuso de la personalidad jurídica. Tiene aplicaciones en el Derecho Laboral, Administrativo, Tributario, Penal, Internacional y Constitucional Económico. Se analizan formas peculiares de su aplicación en los Estados Unidos de América, Francia, Alemania, España, Costa Rica, Argentina, Perú, Uruguay, México e Italia. Nicaragua carece de disposición general

ABSTRACT

LIFTING OF THE VEIL

The theory of «lifting the corporate veil» was created to address the abuse of legal personality and shareholders' limited liability in order to engage in unlawful acts. A North American idea to begin with, the theory was later embraced in Europe and Latin America. Lifting the veil is an exceptional type of primary judicial action that lays aside the legal personality of an entity or company and holds its shareholders responsible when the company is being used to conceal or engage in legal fraud, third-party damages or other unlawful acts. The grounds are: elements leading the judge to presume there to be an abuse of legal personality and the existence or simulated creation of a legal person in order to abuse said legal person. Lifting the veil protects third-party rights, renders transactions more transparent and enforces good faith. The authors have chosen to review a catalogue of German cases: identity of wealth and personality between shareholder and company, undercapitalisation, a controlling interest by one company in other companies, abuse of legal personality. The topic has applications in labour law, administrative law, tax law, criminal law, international law and economic constitutional law. Individual forms of application in the United States of America, France, Germany, Spain, Costa Rica, Argentina,

que la regule, pero existen disposiciones legales concretas. Se hace hincapié en la figura del tercero registral, tema conflictivo y delicado, por la exigencia de buena fe para ser tercero protegido por el Registro. Se explican algunos alcances del problema y sus soluciones a la luz del Derecho Registral nicaragüense.

Peru, Uruguay, Mexico and Italy are analysed. Nicaragua has no general legislation regulating the lifting of the veil, but there are specific legal provisions. Emphasis is placed upon third parties to registration affairs, a conflictive, delicate issue, because the third party is required to act in good faith in order to enjoy the protection afforded by registration. Some spheres of the problem and its solutions in the light of Nicaraguan registration law are explained.

(Trabajo recibido el 06-03-06 y aceptado para su publicación el 24-05-06)